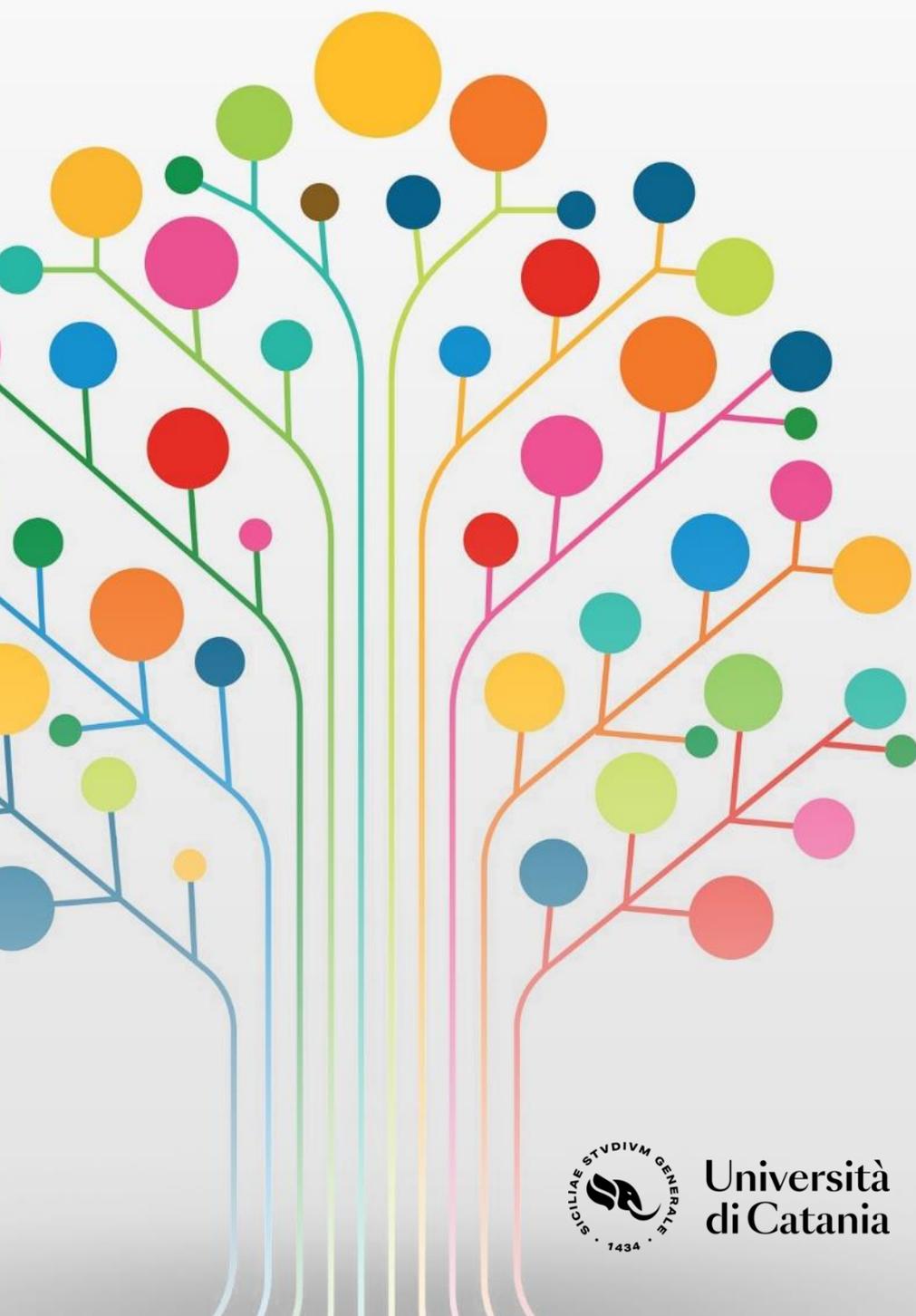


1/2012

# 20 20 Venti Maggio

BIBLIOTECA DEL CENTRO STUDI DI  
DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO  
"Massimo D'Antona"



Università  
di Catania



Centre for the Study of  
European Labour Law  
"MASSIMO D'ANTONA"

***Con contributi di***

GIOVANNI ORLANDINI, Università di Siena

FRANCO CARINCI, Università di Bologna

MASSIMILIANO DELFINO, Università di Napoli "Federico II"

ALESSANDRO GARILLI, Università di Palermo

BRUNO CARUSO, Università di Catania

LORENZO ZOPPOLI, Università di Napoli "Federico II"

EDOARDO ALES, Università di Cassino

PASQUALE PASSALACQUA, Università di Cassino

GIUSEPPE FERRARO, Università di Napoli "Federico II"

MARIELLA MAGNANI, Università di Pavia

MICHELE TIRABOSCHI, Università di Modena e Reggio Emilia

VERONICA PAPA, Università di Catania

SILVANA SCIARRA, Università di Firenze

## SOMMARIO

<b>Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità</b> Giovanni Orlandini	1
<b>"Provaci ancora, Sam": ripartendo dall'art. 18 dello Statuto</b> Franco Carinci	55
<b>Giovani e formazione nelle normative europee: l'apprendistato</b> Massimiliano Delfino	91
<b>L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali</b> Alessandro Garilli	108
<b>Per un ragionevole, e apparentemente paradossale, compromesso sull'art. 18: riformarlo senza cambiarlo</b> Bruno Caruso	118
<b>La <i>flexicurity</i> dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia</b> Lorenzo Zoppoli	128
<b>La fornitura di lavoro portuale temporaneo</b> Edoardo Ales - Pasquale Passalacqua	143
<b>Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro</b> Giuseppe Ferraro	170
<b>Il grande assente: l'Art. 19 dello Statuto</b> Franco Carinci	182
<b>E tu lavorerai come apprendista (L'apprendistato da contratto "speciale" a contratto "quasi-unico")</b> Franco Carinci	203
<b>La famiglia nel diritto del lavoro</b> Mariella Magnani	265
<b>La disoccupazione giovanile in tempo di crisi: un monito all'Europa (continentale) per rifondare il diritto del lavoro?</b> Michele Tiraboschi	275

L'art. 19 Stat. nell' <i>affaire</i> Fiat tra dissensi giurisprudenziali e sospetti di incostituzionalità Veronica Papa	295
Common places, new places the labour law rhetoric of the crisis Silvana Sciarra	319

## Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità\*

Giovanni Orlandini

Parte I: La legge applicabile ai rapporti di lavoro	3
1. Il quadro delle fonti	3
2. L'ambito di applicazione delle norme di conflitto relative al contratto di lavoro	4
3. La ratio delle norme di conflitto in materia di lavoro: tutela della parte debole e principio di prossimità	7
4. Il criterio di collegamento principale: il luogo di svolgimento abituale del lavoro	9
4.1. segue: il temporaneo svolgimento del lavoro in un altro paese	11
5. I criteri di collegamento sussidiari: la sede di assunzione	13
5.1. segue: il collegamento più stretto	15
6. Le disposizioni non derogabili dalla legge scelta dalle parti	17
6.1. Il ruolo dell'autonomia individuale nella scelta della legge applicabile	18
7. Profili particolari del contratto di lavoro internazionale: forma e modalità di esecuzione	21
8. Le eccezioni alle norme di conflitto: norme di applicazione necessaria e ordine pubblico	22
8.1. segue: la giurisprudenza italiana sull'ordine pubblico	24
9. Il contratto collettivo nel sistema delle norme di conflitto	28
Parte II: Il distacco transnazionale	30
1. La disciplina del distacco transnazionale, tra sistema di diritto internazionale privato e regole del mercato unico	30
2. Il d.lgs. n. 72/2000: ambito di applicazione e nozione di distacco transnazionale	34
3. Le condizioni di lavoro dei lavoratori stranieri distaccati in Italia in relazione alla legge applicabile	36
3.1. segue:.... ed ai contratti collettivi	38
4. La disciplina degli appalti interni ed il regime della solidarietà	40
5. La somministrazione transnazionale di lavoro	42

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 137/2012

Parte III- Il lavoratore italiano all'estero (paesi extra-UE)	43
1. Origine, contenuto e ambito di applicazione della legge n. 398/1987	43
2. L'autorizzazione all'espatrio e l'applicazione del contratto collettivo	45
3. Presupposti e limiti del potere del datore di inviare il lavoratore all'estero: il requisito del consenso	48
4. L'indennità estero: natura, computabilità e irriducibilità	51

## Parte I: La legge applicabile ai rapporti di lavoro

### 1. Il quadro delle fonti

Prima dell'entrata in vigore della Convenzione di Roma del 1980 il sistema italiano di diritto internazionale privato non prevedeva disposizioni speciali per il contratto di lavoro. Per risolvere situazioni implicanti un conflitto di leggi valevano le regole generali fissate dalle disposizioni preliminari del codice civile; in particolare l'art. 25, che rimetteva alla volontà delle parti la scelta della legge applicabile alle obbligazioni nascenti da contratto ed individuava i sussidiari criteri di collegamento, in assenza di scelta, nella nazionalità delle parti, se comune, e nel luogo di conclusione del contratto. Questi criteri consentivano in teoria al giudice italiano di dare efficacia a norme lavoristiche provenienti da ordinamenti stranieri, anche se meno protettive rispetto a quelle di diritto interno. Il concretizzarsi di un simile scenario è stato però impedito dalla giurisprudenza, grazie ad un'interpretazione massimamente estensiva del limite dell'ordine pubblico posto dall'art. 31, disp. prel. c.c. a difesa dei principi fondamentali dell'ordinamento nazionale. Si è trattato di un orientamento dal chiaro intento protezionistico, oggi in via di superamento (*infra* par.8.1), comprensibile in ragione della mancanza di criteri di selezione della legge applicabile limitativi dell'autonomia individuale e perciò capaci di tener conto delle esigenze di protezione del lavoratore, coesenziali alle regole lavoristiche.

Il quadro normativo è cambiato radicalmente grazie alla Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 (ratificata dall'Italia il 25 giugno del 1985 ed entrata in vigore solo sei anni più tardi<sup>1</sup>), alla quale fa espresso rinvio la legge n. 218/1995 di riforma del diritto internazionale privato con riguardo a tutte le obbligazioni contrattuali dedotte in giudizio dopo il 1 settembre del 1995 (art. 57). La Convenzione contiene una specifica disposizione in materia di contratti di lavoro (art. 6), che deroga alle regole generali (artt. 3 e 4) introducendo dei limiti alla scelta della legge applicabile e dettando speciali criteri di collegamento, al fine di tutelare il lavoratore visto come parte debole del rapporto di lavoro<sup>2</sup>.

Grazie alle nuove competenze attribuite alla Comunità europea con il Trattato di Amsterdam (art. 65 TCE, ora 81 TFUE)<sup>3</sup>, nel corso dell'ultimo decennio si è compiuto un processo di “comunitarizzazione” delle fonti convenzionali di diritto internazionale privato<sup>4</sup> conclusosi con l'adozione del Regolamento (CE) Roma I, n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni

<sup>1</sup> L'entrata in vigore della Convenzione era condizionata alla ratifica di almeno sette Stati (art. 29). Sul processo di adozione della Convenzione, cfr. U. VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Cacucci, Bari, 2002, p. 3 ss.

<sup>2</sup> Tale *ratio* è richiamata da M. GIULIANO- P. LAGARDE nella *Relazione sulla Convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* (in G.U.C.E. 31.11.1980 C282) che ha fatto seguito all'adozione della Convenzione di Roma. Negli stessi termini cfr. COMMISSIONE CE, *Libro Verde sulla trasformazione in strumento comunitario della convenzione di Roma del 1980 applicabile alle obbligazioni contrattuali e sul rinnovamento della medesima*, del 14.1.2003, COM (2002) 654 def., p. 37, con il quale è stato avviato il processo di riforma del sistema di diritto internazionale privato richiamato nel testo.

<sup>3</sup> Come già l'art. 65 TCE, l'art. 81 TFUE (posto in apertura del capo 3 del titolo V, relativo alla cooperazione giudiziaria in materia civile) riconosce tra l'altro al Parlamento ed al Consiglio il potere di adottare misure volte a garantire “la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di legge e di giurisdizione”.

<sup>4</sup> Il Regolamento Roma I è stato preceduto dall'adozione del Regolamento (CE) 22 dicembre 2000, n. 44, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, che ha sostituito la Convenzione di Bruxelles del 1968 e dal Regolamento (CE) 11 luglio 2007, n. 864 sulla legge applicabile alle obbligazioni extra-contrattuali (c.d. Roma II).

contrattuali che, a partire dal 17 dicembre 2009 (per i contratti stipulati dopo tale data) sostituisce la Convenzione di Roma in tutti gli Stati membri<sup>5</sup>, con l'eccezione della Gran Bretagna e della Danimarca. Il rinvio alla Convenzione di Roma contenuto nella legge n. 218/1995 va dunque oggi riferito al Regolamento Roma I, che comunque troverebbe applicazione nell'ordinamento nazionale in virtù della sua efficacia diretta. Non ne consegue uno stravolgimento delle regole internazionali-privatistiche, posto che quelle dettate dalla fonte convenzionale sono state nella sostanza confermate nel testo "comunitarizzato", ivi comprese quelle relative ai contratti di lavoro contenute nell'art. 8 del Regolamento. In linea con quanto previsto dalla Convenzione di Roma (art. 20), anche il Regolamento ribadisce il principio della prevalenza su quanto esso dispone delle norme speciali presenti in altre fonti del diritto dell'UE che disciplinano conflitti di legge (art. 23); prima tra tutti, in materia lavoristica, la Direttiva n. 96/71/CE sui lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi (recepita in Italia con il d.lgs. n. 72/2000). Sempre al pari della Convenzione di Roma (art. 2), il Regolamento ha carattere universale, cioè vale ad individuare anche la legge applicabile di uno Stato terzo (art. 2).

Nell'analizzare il sistema di norme internazional-privatistiche in materia di lavoro si terrà conto di quanto dispone il Regolamento Roma I, leggendolo alla luce delle omologhe disposizioni della Convenzione di Roma ed in particolare considerando come queste sono state interpretate in sede dottrinale e giurisprudenziale. Il diritto pretorio nazionale, tuttavia, sconta in materia un'evidente sfasamento rispetto all'evoluzione del diritto positivo. Basti pensare che fino a tempi recenti la giurisprudenza di legittimità ha avuto ad oggetto le disposizioni delle preleggi, che, come premesso, descrivevano un sistema di norme di conflitto affatto diverso da quello vigente. Solo nelle sentenze degli ultimi anni i *dicta* dei giudici di legittimità si sono fondati sulle disposizioni della Convenzione di Roma; una fonte che nel frattempo è già stata superata. Ciò spiega perché la giurisprudenza nazionale si sia sviluppata quasi esclusivamente intorno al tema dell'ordine pubblico. Si è dovuto aspettare la più recente giurisprudenza per vedere emergere un'attenzione alle problematiche connesse con l'interpretazione e l'applicazione delle norme di conflitto e dei criteri di collegamento da queste previsti; cioè a quell'insieme di regole che rappresenta il cuore del sistema di diritto internazionale privato.

## 2. L'ambito di applicazione delle norme di conflitto relative al contratto di lavoro

La disciplina dettata dall'art. 8 del Regolamento si applica a qualsiasi contratto di lavoro che presenti elementi di internazionalità, ovvero che abbia uno o più elementi di collegamento con un ordinamento straniero. Questi ultimi possono riguardare sia profili oggettivi (come il luogo di conclusione o di esecuzione del contratto) sia profili soggettivi (come la nazionalità o la residenza delle parti). L'elemento di internazionalità può sussistere anche in presenza di fattispecie del tutto interne all'ordinamento italiano, se le parti fanno riferimento alle leggi di un ordinamento diverso

---

<sup>5</sup> Con il Trattato di Lisbona del dicembre 2009 è stato rafforzato il ruolo della Corte di giustizia nel settore regolato dal titolo V TFUE (Spazio di sicurezza, libertà e giustizia), venendo meno l'art. 68 TCE che limitava alle giurisdizioni di ultima istanza il potere di operare il rinvio pregiudiziale. Ne deriva un ampliamento della possibilità di intervento della Corte di giustizia in merito all'interpretazione del Regolamento Roma I rispetto a quanto previsto in relazione alla Convenzione di Roma dai due Protocolli del 19 dicembre 1988 (G.U.C.E. 20-2-1989, L48), che escludevano il rinvio pregiudiziale da parte dei giudici di primo grado (in merito cfr. A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato del lavoro e ordinamento comunitario*, in F. CARINCI - A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, vol. IX, UTET, Torino, 2010, p. 826-827).

per regolare il contratto. E ciò per il dirimente motivo che anche in una simile ipotesi si pone per il giudice il problema di individuare la normativa effettivamente applicabile al rapporto di lavoro<sup>6</sup>.

Il generico riferimento ai “*contratti individuali di lavoro*” contenuto nell'art. 8, se certamente esclude i contratti collettivi, non risolve il problema del significato da attribuire a tale nozione ai fini internazional-privatistici. Che la qualificazione del contratto di lavoro non possa dipendere dalle scelte dei singoli ordinamenti nazionali era già sostenibile in vigenza della Convenzione di Roma, e lo è a maggior ragione dopo l'entrata in vigore del Regolamento, non ammettendosi una sua disomogenea applicazione sul territorio dell'UE<sup>7</sup>.

Un riferimento ineludibile è rappresentato dalla nozione di lavoratore subordinato elaborata dalla Corte di giustizia in materia di libera circolazione dei lavoratori<sup>8</sup>. La c.d. formula *Bettray*<sup>9</sup> permette di ricondurre al gioco delle norme di conflitto di cui all'art. 8 tutti quei rapporti che si caratterizzano per l'effettiva e reale presenza di una prestazione di natura personale, per la soggezione al potere direttivo della controparte e per il pagamento, in qualsiasi forma, di una retribuzione come corrispettivo della prestazione<sup>10</sup>. Si tratta di una formula sufficientemente ampia da includere qualsiasi tipologia di lavoro flessibile e da potersi applicare anche ai rapporti di lavoro nei quali la dipendenza “economica” non si accompagna alla subordinazione “giuridica”<sup>11</sup>, ovvero, nell'ordinamento italiano, ai c.d. contratti di lavoro para-subordinato<sup>12</sup>, con l'esclusione del lavoro autonomo “*tout court*”. La *ratio* di tutela della parte debole del rapporto sottesa alla norma internazional-privatistica, non è tuttavia pienamente riconducibile a quella sulla quale si basa la giurisprudenza richiamata, condizionata dal fine economico cui tendono le norme del Trattato. Il che può giustificare l'attrazione nell'ambito di applicazione del disposto del Regolamento di rapporti di lavoro che, seppur irrilevanti per le dinamiche del mercato unico, sono caratterizzati da una condizione di debolezza di chi presta l'attività lavorativa<sup>13</sup>.

<sup>6</sup> Cfr. F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *Quaderni dir. lav. e relazioni ind.*, n. 20, 1998, p. 52; *contra* F. BASENGHI, *Il trasferimento del lavoratore all'estero*, Cedam, Padova, 1988, p. 22, che però scrive in vigenza dell'art. 25, disp. prel. c.c.. Anche la tesi della possibilità di dimostrare la frode alla legge applicabile in mancanza di scelta (G. PERONE- M. T. SPADAFORA, *Il lavoro all'estero*, in *Dig. IV ed., sez. comm., Aggiornamento*, UTET, Torino, 2009, p. 396) perde di forza considerando le norme di conflitto a tutela del lavoratore introdotte con la Convenzione di Roma.

<sup>7</sup> Da ultimo, cfr. F. SEATZU, *La legge applicabile ai contratti individuali di lavoro*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 338; in relazione alla Convenzione di Roma, tra gli altri, cfr. U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit., p. 150.

<sup>8</sup> Così F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile*, cit., p.67; U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit., p.151; M.E. CORRAO, *Profili internazional-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, in *Lavoro e dir.*, 2003, p. 503.

<sup>9</sup> Cfr. Corte giust. CE, 31 maggio 1989, C-344/87, *Bettray*, nella quale per la prima volta sono identificati i criteri oggettivi per individuare l'ambito di applicazione dell'art. 39 TCE (oggi 45 TFUE).

<sup>10</sup> In tema cfr. diffusamente S. GIUBBONI, *La nozione comunitaria di lavoratore subordinato*, in S. SCIARRA- B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro subordinato, Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, dir. da G. Ajani- G. A. Benacchio, vol. V, Giappichelli, Torino, 2009, p. 45 ss.

<sup>11</sup> Così P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto privato e commerciale*, dir. da Cicu e Messineo, vol. XXVII, tomo 2, I, Milano, 2000, p. 52.

<sup>12</sup> G. PERONE- M. T. SPADAFORA, *Lavoro all'estero*, cit., p. 398; L. FICARI, *Commento all'art.6*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1995, p. 1002; U. VILLANI, *La Convenzione*, cit., p. 152. *Contra* A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 830. In Italia al lavoro a progetto, oggi regolato dagli artt. 69 ss., d.lgs. n. 276/03, può aggiungersi quella sorta di *tertium genus* rappresentato dal lavoro accessorio di cui agli artt. 70 ss., d.lgs. 276/03.

<sup>13</sup> In tal senso, in relazione alla Convenzione di Roma, cfr. L. FORLATI PICCHIO, *Lavoro nel diritto internazionale privato*, in *Dig. IV ed., sez. comm.*, vol. VIII, UTET, Torino, 1992, p. 346 che richiama i rapporti finalizzati al reinserimento sociale, come quello oggetto della

Per lo stesso motivo, anche altre tipologie di lavoro autonomo dovrebbero essere attratte nell'ambito di applicazione dell'art. 8. È il caso, *in primis*, del contratto di agenzia, per lo meno in ipotesi di monocommittenza. Lo induce a ritenere la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia che ha riconosciuto nell'agente la parte debole del rapporto da tutelare attraverso le norme minime protettive dell'UE, anche in caso in cui il contratto sia regolato dalla legge di un paese terzo<sup>14</sup>.

Il lavoro svolto nell'ambito familiare sembra invece restare al di fuori dal sistema delle norme di conflitto<sup>15</sup>, al pari del lavoro gratuito<sup>16</sup> o comunque privo di corrispettivo economico (come ad esempio quello dei tirocinanti). L'art. 8 non dovrebbe applicarsi neppure ai rapporti di lavoro con le Pubbliche Amministrazioni, in ragione del rilievo che in questi assumono i profili di diritto pubblico<sup>17</sup>; una simile conclusione non è però scontata nel caso in cui, come in Italia, il rapporto di lavoro pubblico sia fondato su un contratto equiparato *ex lege* a quello del settore privato<sup>18</sup>.

Il richiamo al “contratto” e non al “rapporto” potrebbe far dubitare circa la riconducibilità alla norma *de qua* delle situazioni di mero fatto o di prestazioni erogate in forza di contratto radicalmente nullo. Dubbi che vengono meno considerando come sia lo stesso Regolamento a comprendere nel suo ambito di applicazione gli effetti della nullità del contratto (art. 12, par. 1, lett.e) ed a prescrivere che l'esistenza e la validità di questo vada verificata in forza della legge applicabile se il contratto fosse valido (art. 10, par. 1)<sup>19</sup>.

Il Regolamento tace anche sulla nozione di datore di lavoro<sup>20</sup>. In merito ad essa occorre distinguere il problema internazional-privatistico della sua identificazione ai fini della selezione della

---

sentenza *Bettray*; più in generale si potrebbe aggiungere qualsiasi rapporto (con finalità formative, occupazionali o sociali) caratterizzato da prestazioni “*talmente ridotte da potersi definire puramente marginali ed accessorie*”, perciò irrilevanti per il mercato comune del lavoro (secondo la formula adottata nella sentenza della Corte giust. CE, 23 marzo 1982, C-53/81, *Levin*).

<sup>14</sup> In particolare, nella sentenza Corte giust. CE, 9 novembre 2000, C-381/98, *Ingmar GB*, il diritto dell'agente ad essere risarcito in caso di estinzione del rapporto è stato riconosciuto come non eludibile attraverso la scelta di applicare al contratto una legge di un paese extra-UE (nel caso, la California), in ragione del carattere imperativo della norma comunitaria che tale diritto riconosce (l'art. 17 della Direttiva n. 86/653/CE). La *ratio* che ha ispirato la Corte pare la medesima sottesa all'art. 8 del Regolamento, visto che il diritto in questione si giustifica appunto con l'esigenza di tutelare la parte debole del rapporto. L'invito, non accolto, a chiarire nel Regolamento la disciplina applicabile al contratto di agenzia è avanzato nel rapporto del MAX-PLANK INSTITUTE, *Comments on European Commission's Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligation into a Community Instrument and its Modernization*, consultabile, come tutti i documenti adottati in risposta al Libro Verde della Commissione del 2002, sul sito ufficiale di quest'ultima (<http://ec.europa.eu>).

<sup>15</sup> Lo si deduce dall'art. 1, par. 2, lett. b) e c) del Regolamento Roma I, che esclude dal suo ambito di applicazione le obbligazioni derivanti dai rapporti di famiglia e da regimi patrimoniali tra coniugi.

<sup>16</sup> Sul punto la dottrina è concorde (cfr., tra gli altri, U. VILLANI, *La Convenzione*, cit. p.151 e F. SEATZU, *La legge applicabile*, cit., p. 339), anche se, al pari della Convenzione di Roma, nulla dispone a riguardo il Regolamento Roma I.

<sup>17</sup> Cfr. F. SEATZU, ult. cit., p. 339; U. VILLANI, ult. cit., p. 152. In generale, sul tema, cfr. M. AUDIT, *Les contrats de travail conclus par l'Administration à l'étranger*, in *Rev. crit. droit int. priv.*, 2002, p. 39 ss.

<sup>18</sup> Lo stesso U. VILLANI, *ibidem*, fa salvi i rapporti con la P.A. costituiti con contratto privato. Considerando il diverso rilievo che i profili pubblicistici assumono nei due casi, se resta fondata l'esclusione dal sistema delle norme internazional-privatistiche dei rapporti di lavoro di chi è assunto a tempo indeterminato da una P.A., non pare giustificata la medesima conclusione in caso di contratti di lavoro “flessibili” ex art. 36, d.lgs. n. 165/01 che non implicano l'inquadramento in pianta organica del lavoratore.

<sup>19</sup> Il problema è affrontato e risolto in questi termini già nella Relazione Giuliano-Lagarde, cit., p. 26. Da ultimo cfr. anche quanto per inciso afferma la Corte di giustizia nella sentenza 15 dicembre 2011, C-384/10, *Voogsgeerd*, punto 46 in merito al fatto che il criterio della “sede di assunzione” riguarda la conclusione del contratto “o, in caso di rapporto lavorativo di fatto, il sorgere del rapporto di lavoro”.

<sup>20</sup> Cfr. criticamente sul punto, F. SEATZU, *La legge applicabile*, cit. p. 340.

legge applicabile, da quello dell'imputazione del rapporto come conseguenza di quest'ultima. Il primo può configurarsi come un problema di qualificazione (al pari di quello relativo alla natura del contratto) che nulla dice sulla titolarità del rapporto eventualmente oggetto della controversia, da decidersi alla luce della legge applicabile<sup>21</sup>. In quanto problema di qualificazione, è preferibile evitare di risolverlo in base alla *lex fori*<sup>22</sup>, che implicherebbe un *vulnus* alle esigenze di uniformità cui il Regolamento è funzionale; la nozione "internazional-privatistica" di datore va piuttosto dedotta dallo stesso sistema delle norme di conflitto<sup>23</sup>. Ciò appare coerente con quanto affermato dalla Corte di giustizia nella recente sentenza *Voogsgeerd*, nella quale il problema dell'identificazione del "reale" datore di lavoro è inquadrato nell'ambito del giudizio in merito alla determinazione della legge applicabile<sup>24</sup> (*infra* par. 5).

### 3. La ratio delle norme di conflitto in materia di lavoro: tutela della parte debole e principio di prosimità

Come anticipato, il Regolamento, nel disciplinare la materia del contratto di lavoro, si pone su un piano di evidente continuità con quanto previsto dall'art. 6 della Convenzione di Roma. La sostanza dell'impianto dispositivo è rimasta invariata e con essa la sua *ratio* originaria, enunciata esplicitamente nel considerando 23: "*Per quanto riguarda i contratti conclusi da soggetti deboli, è opportuno proteggere tali soggetti tramite regole di conflitto più favorevoli ai loro interessi di quanto non lo siano le norme generali*".

Le norme generali individuano nella volontà delle parti il criterio di collegamento principe per selezionare la legge applicabile (art. 3, par. 1). Solo in mancanza di scelta acquistano rilievo i criteri sussidiari dettati dall'art. 4 con riferimento alle diverse tipologie contrattuali: prevalenza è riconosciuta al criterio della residenza della parte cui spetta la prestazione caratteristica del contratto, salva comunque l'applicazione della legge di un paese diverso con il quale questo presenti "*collegamenti manifestamente più stretti*" (art. 4, par. 3). Il criterio della residenza è adottato anche per i contratti conclusi dai consumatori, al fine di non privare questi ultimi della protezione assicurata dalle norme imperative dettate a loro tutela (art. 6).

Per i contratti di lavoro la finalità di tutela è perseguita attraverso un più articolato sistema di criteri di collegamento. La legge applicabile è rimessa sempre alla volontà delle parti, ma la scelta compiuta non può comportare per il lavoratore la rinuncia alla protezione garantita dalle norme inderogabili della legge che sarebbe applicabile in mancanza di scelta (art. 8, par. 1). Il criterio principale che permette di selezionare tale legge è quello del luogo dove il lavoratore svolge abitualmente la sua attività (*lex loci laboris*) (art. 8, par. 2). Solo nel caso in cui tale luogo non sia identificabile, si può ricorrere al criterio della sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore (art. 8, par. 3). Entrambi i criteri possono essere pretermessi nel caso in cui "*dall'insieme delle*

<sup>21</sup> Per la giurisprudenza italiana vedi le sentenze richiamate *infra* in nt. 133, che affrontano la questione della riconducibilità all'ordine pubblico di ciò che resta del divieto di interposizione dopo il d.lgs. 276/03.

<sup>22</sup> Diversamente G. PERONE- M. T. SPADAFORA, *Lavoro all'estero*, cit., p. 399 che, inquadrando il problema come questione preliminare, lo risolvono con l'applicazione della *lex fori*.

<sup>23</sup> Così M. E. CORRAO, *Profili internazional-privatistici*, cit., p. 504; analogamente F. SEATZU, *La legge applicabile*, cit. p. 340; in generale, per soluzione dei problemi di qualificazione, cfr. U. VILLANI, *La Convenzione*, cit. p. 25 ss.

<sup>24</sup> Corte giust. CE, *Voogsgeerd*, punti 59-65.

circostanze” emerga un collegamento più stretto del contratto con un diverso paese (art. 8, par. 4) (c.d. clausola d'eccezione)<sup>25</sup>.

La *ratio* protettiva della parte debole si traduce nella previsione di un limite all'autonomia individuale delle parti, secondo la tradizionale logica fondativa del diritto del lavoro. Il principio del “*favor laboratoris*”<sup>26</sup> (*rectius, laboris*) è evocato dalla Corte di giustizia come ispiratore delle disposizioni del Regolamento in materia di contratto di lavoro e come criterio ermeneutico per interpretarle. È un'affermazione che non va intesa nel senso che le norme di conflitto sussidiarie rispetto alla volontà delle parti debbano garantire comunque al lavoratore gli *standard* di tutela più favorevoli tra quelli possibili. La legge applicabile in base ad esse è quella del luogo dove è identificato il centro di gravità effettivo del rapporto, ovvero dove il lavoratore esercita la sua funzione economica e sociale<sup>27</sup>. Il principale criterio sussidiario di collegamento dettato dall'articolo 8 (come dall'articolo 6 della Convenzione di Roma) pare ispirato, piuttosto che dal principio del “*favor*”, da quello di “prossimità”<sup>28</sup>, che il primo principio presuntivamente realizza: tant'è che la clausola d'eccezione fa accantonare lo stesso criterio principale se con il secondo principio entra in contraddizione. Le esigenze di tutela del lavoratore senz'altro rilevano, perché il principio di prossimità di norma anche ad esse risponde; ma non al punto da prevalere sulle esigenze di prevedibilità e certezza delle regole da applicare sottese all'intero sistema delle norme internazionali-privatistiche.

Sotto questo profilo, a ben vedere, l'articolo 8 non presenta elementi di spiccata specialità rispetto a quanto il precedente articolo 4 prescrive in relazione ai criteri sussidiari valevoli per la generalità degli altri contratti. Anche in base alla disciplina generale il criterio del collegamento più stretto fa da regola di chiusura di un sistema di norme di conflitto fondato su criteri “presuntivi”, che appunto vengono meno quando contraddicono il principio di prossimità<sup>29</sup>. Come detto,

<sup>25</sup> Sul piano processuale, l'accertamento della legge applicabile viene compiuto dal giudice d'ufficio (*ex art.14, legge n. 218/95*), ma ciò non esonera la parte interessata dall'allegare in sede di merito gli elementi di fatto dai quali dipende la sussistenza dei criteri di collegamento; in ragione di ciò, in una causa per licenziamento di un lavoratore italiano impiegato in una sede tedesca, è stata giudicata inammissibile la domanda di applicare la legge tedesca proposta dal lavoratore per la prima volta in Cassazione (Cass. 5 giugno 2009, n. 13087, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2010, p. 140).

<sup>26</sup> L'espressione maccheronica è utilizzata dai giudici europei nella sentenza Corte giust. CE, 15 marzo 2011, C-29/10, *Koelzsch*, punto 46.

<sup>27</sup> Corte giust. CE, ult.cit., punto 42 dove si osserva, sulla scia dell'A.G. Bot, che nello Stato dove “*svolge le sue attività professionali [...]* il lavoratore esercita la sua funzione economica e sociale e [...] *l'ambiente professionale e politico influisce sull'attività lavorativa*”.

<sup>28</sup> Si deve a P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, *Ac. dr. intern. Rec. des Cours*, t.196, Martinus Nijof pub., Dordrecht-Boston-Lancaster, 1987, p. 1 ss. la teorizzazione del principio in questione; è lo stesso autore a riferirlo all'art. 6 della Convenzione di Roma, della quale è stato relatore. In merito cfr. anche A. LYON CAEN- S.SCIARRA, *La Convenzione di Roma e i principi del diritto del lavoro*, in *Quaderni dir. lav. e relazioni ind.*, n. 20, 1998, p. 22 e, più recentemente, B. DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell'appalto transnazionale*, in M.T. CARINCI- C. CESTER- M.G. MATTAROLO- F. SCARPELLI (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, UTET, Torino, 2011, p. 36 e R. CLERICI, *Quale favor per il lavoratore nel Regolamento Roma I?*, in G. VENTURINI- S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*. Giuffè, Milano, 2009, p. 215 ss., la quale, condivisibilmente, riconduce alla logica del *favor* il solo primo paragrafo della norma in esame, nella misura in cui impone la prevalenza della norma inderogabile più favorevole per il lavoratore rispetto a quella scelta dalle parti; non invece il secondo paragrafo, nel quale prevale il fine di garantire la prevedibilità e la certezza della legge applicabile.

<sup>29</sup> A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato*, cit. p. 828-829 coglie nella formulazione dell'art. 4, rispetto all'omologa norma della Convenzione di Roma, un significativo ridimensionamento del principio di “prossimità”, che “*passa da criterio principale a sussidiario*”; il che contrasta con l'opinione di chi (T. BALLARINO, *Dalla Convenzione di Roma del 1980 al Regolamento Roma I*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 45) coglie una piena continuità tra le due norme. Se è vero che questa non c'è sul piano formale (giusta la “moltiplicazione” delle

il criterio presuntivo prevalente è quello della residenza della parte tenuta alla prestazione che caratterizza il contratto. Nel caso del rapporto di lavoro il criterio della residenza del lavoratore, pur teoricamente rispondente agli interessi di quest'ultimo<sup>30</sup>, cede il passo a quello del "luogo abituale della prestazione", in ragione della peculiarità dell'oggetto del contratto (l'esecuzione di prestazioni di lavoro). Il che dimostra come l'adozione di un diverso criterio di collegamento non si giustifichi tanto con l'obiettivo di assicurare in ogni caso alla parte debole del rapporto il più alto livello di tutela, quanto con la necessità di adattare lo stesso al tipo di prestazione oggetto del contratto di lavoro<sup>31</sup>.

#### 4. Il criterio di collegamento principale: il luogo di svolgimento abituale del lavoro

I criteri di collegamento indicati nell'art. 8, par. 2 rappresentano il fulcro del sistema di norme di conflitto in materia di contratti di lavoro, perché ad essi occorre far riferimento sia in assenza di una legge espressamente scelta dalle parti, sia per individuare le norme inderogabili applicabili nel caso in cui tale scelta sia stata effettuata.

Come da più parti rilevato, il criterio della *lex loci laboris* è funzionale a soddisfare una pluralità di esigenze, a partire da quelle del lavoratore che si presume abbia maggior dimestichezza con la legislazione del paese dove svolge l'attività lavorativa e nel quale, di norma, si trova domiciliato<sup>32</sup>. Il ricorso a tale criterio rende poi più probabile la sottomissione del rapporto di lavoro ad un'unica normativa per l'intera sua durata<sup>33</sup>. Ciò favorisce una gestione unitaria del rapporto in tutti i suoi aspetti; ivi compresi quelli oggetto di normativa di diritto pubblico che, avendo un ambito di applicazione strettamente territoriale, è sottratta al gioco delle norme di conflitto (si pensi in particolare alla legislazione in materia ispettiva e di tutela della salute e sicurezza)<sup>34</sup>. Il criterio in esame appare infine sintonico con il principio di parità di trattamento tra lavoratori stranieri e nazionali derivante dall'applicazione delle norme dell'UE relative alla libera circolazione dei lavoratori<sup>35</sup>.

Ma quand'è che un luogo di lavoro può considerarsi "abituale" ai fini della selezione della legge applicabile? La questione è oggetto delle recenti sentenze *Koelzsch* e *Voogsgeerd*, nelle quali la Corte di giustizia si è espressa in merito all'interpretazione dell'art. 6, par. 2 della Convenzione di Roma sulla scia della precedente giurisprudenza relativa all'articolo 5 della Convenzione di Bruxelles del 1968 (oggi art. 19 del Regolamento (CE) n. 44/2001), che adotta il medesimo criterio della *lex loci laboris* per individuare il foro competente a risolvere le controversie sui contratti di

---

presunzioni introdotte nel "nuovo" art. 4), è anche vero però che il principio *de quo* pare restare a fondamento del sistema, come dimostra proprio la conferma della clausola d'eccezione.

<sup>30</sup> Cfr. ampiamente L. FORLATI PICCHIO, *Lavoro nel diritto*, cit., p. 351 ss. Il criterio della residenza, ignorato dal legislatore europeo, è recuperabile solo come indizio di un collegamento più stretto del contratto di lavoro con un determinato paese al fine di applicare la clausola d'eccezione.

<sup>31</sup> Ciò è all'origine delle considerazioni critiche di P. VENTURI, *Commento all'art.8*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2009, p. 773.

<sup>32</sup> U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit. p. 163.

<sup>33</sup> F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile*, cit., p. 59 e M. E. CORRAO, *Profili internazionale-privatistici*, cit., p. 512.

<sup>34</sup> U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, p. 163.

<sup>35</sup> La "stretta connessione" tra principio di parità di trattamento e *lex loci laboris* è sottolineata da S. GIUBBONI, *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, in *Dir. lav. merc.*, 2008, p. 555; cfr. anche M.V. POLAK, "Laborum dulce lenimen"? *Jurisdiction and choice-of-law aspects of employment contract*, in J. MEEUSEN- M. PERTEGAS- G. STRAETMANS (a cura di), *Enforcement of international contracts in the European Union*, Intersentia, Anversa-Oxford-New-York, 2004, p. 326 e, ancora, U. VILLANI, ult. cit., p. 164.

lavoro<sup>36</sup>. Da questa giurisprudenza emerge un'interpretazione "in senso ampio"<sup>37</sup> del criterio *de quo*, che lo rende applicabile anche ad ipotesi nelle quali il lavoratore si trovi a svolgere in più paesi l'attività lavorativa. Quando ciò accade, il giudice deve individuare lo Stato con il quale il lavoro "presenta un collegamento significativo"<sup>38</sup>. Il che significa che il luogo di svolgimento abituale va identificato nel paese nel quale o a partire dal quale il lavoratore adempie la parte essenziale delle sue obbligazioni<sup>39</sup> ovvero dove si colloca il centro effettivo della sua attività<sup>40</sup>. In mancanza di un unico centro dove (o da dove) viene svolto il lavoro, la *lex loci laboris* si identifica con quella del luogo nel quale "il lavoratore ha trascorso la maggior parte del proprio tempo lavorativo per conto del datore"<sup>41</sup>. Il criterio temporale assume in questo caso un rilievo centrale, ma la durata della permanenza perde di rilevanza se risulta la "chiara volontà delle parti" di destinare il luogo dove da ultimo si è svolta l'attività a luogo "abituale"<sup>42</sup>.

L' "abitualità" è dunque accertata in forza di una valutazione sulle caratteristiche sostanziali del rapporto, di modo che l'elemento temporale si configura come un indice del legame funzionale tra il luogo di svolgimento dell'attività e gli interessi che il contratto mira a soddisfare; un indice certo prevalente e spesso decisivo, ma non necessariamente risolutivo<sup>43</sup>.

L'articolo 8, par. 2 del Regolamento recepisce e consolida gli orientamenti della Corte, laddove prevede che la legge applicabile vada individuata anche in quella del paese "a partire dal quale" il lavoratore esegue abitualmente la sua prestazione; un inciso assente nell'art. 6 della Convenzione di Roma. Ne conseguono effetti rilevanti soprattutto per i rapporti di lavoro nel settore dei trasporti internazionali<sup>44</sup>; e non è un caso che sia la sentenza *Koelzsch* che la sentenza *Voogsgeerd* riguardino lavoratori ivi impiegati.

<sup>36</sup> Come riconosce espressamente la Corte di giustizia, l'interpretazione dell'art. 6 della Convenzione di Roma "non deve prescindere da quella relativa ai criteri previsti dall'art. 5, punto 1, della Convenzione di Bruxelles, quando fissano norme per la determinazione della competenza giurisdizionale per le stesse materie e stabiliscono nozioni analoghe" (Corte giust. CE, *Koelzsch*, punto 33). L'art. 19 del Regolamento (CE) n. 44/2001 identifica il foro competente con criteri che, di norma (ma non sempre), dovrebbero assicurare l'identità tra questo e legge applicabile: il datore può essere convenuto, a scelta del lavoratore, davanti al giudice del paese in cui il lavoratore stesso è domiciliato, davanti a quello del luogo in cui svolge abitualmente l'attività lavorativa o in cui la svolgeva oppure (se tale luogo non è identificabile) in cui è o era situata la sede di assunzione (in merito cfr. F. MOSCONI, *La giurisdizione in materia di lavoro nel Regolamento (CE) n. 44/2001*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2003, p. 5 ss.).

<sup>37</sup> Corte giust. CE, *Koelzsch*, punto 43.

<sup>38</sup> Corte giust. CE, ult. cit., punto 44 e *Voogsgeerd*, punto 36.

<sup>39</sup> Corte giust. CE, 13 luglio 1993, C-125/92, *Mulox IBC*, punti 21-23, nella quale il foro francese è stato ritenuto competente a decidere una controversia tra una società inglese ed il proprio direttore di marketing olandese con ufficio e domicilio in Francia, che svolgeva per buona parte del tempo l'attività lavorativa in cinque diversi paesi europei.

<sup>40</sup> Corte giust. CE, 9 gennaio 1997, C-383/95, *Rutten*, punto 23, nella quale il foro olandese è stato ritenuto competente a decidere una controversia tra una società olandese con sede a Londra ed un cittadino olandese che, pur lavorando frequentemente anche in altri paesi, svolgeva circa due terzi della sua attività in Olanda dove disponeva anche del proprio ufficio.

<sup>41</sup> Così Corte di giust., CE 27 febbraio 2002, C-37/00, *Weber*, punto 50 relativa ad un lavoratore assunto per effettuare ricognizioni minerarie da diverse piattaforme marittime. I principi enunciati dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza sul foro competente sono recepiti dalla Corte di Cassazione (Cass. Sez. Un. ordinanza 13 dicembre 2007, n. 26089, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2009, p. 108, sempre in materia di giurisdizione).

<sup>42</sup> Corte giust. CE, ult. cit., punto 54.

<sup>43</sup> Enfatizzano quest'aspetto G. PERONE- M. T. SPADAFORA, *Lavoro all'estero*, cit., p. 401; cfr. anche L. FICARI, *Commento all'art.6*, cit., p. 1006 e U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit. p.164 per i quali a rilevare non è soltanto la durata della permanenza in un luogo (che pur va ovviamente presa in considerazione), ma il tipo di attività e di mansioni che in esso vengono svolte.

<sup>44</sup> È la stessa COMMISSIONE CE nella motivazione della *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)*, del 15.12.2005, COM (2005) 650 def., p. 7 a richiamare l'esempio del lavoro svolto

Nel caso oggetto della prima si è trattato di individuare il paese di abituale svolgimento del lavoro di un autotrasportatore tedesco assunto da una filiale lussemburghese di un'azienda di trasporti danese, con contratto regolato dalla legge del Lussemburgo, per svolgere attività di trasporto merci prevalentemente in Germania, ma anche in altri paesi europei. In un caso simile, tutti gli elementi che caratterizzano l'attività lavorativa devono essere valutati al fine di individuare lo Stato che presenta un collegamento significativo con il lavoro. Rileva non solo il luogo dal quale il lavoratore parte ed al quale fa ritorno al termine dell'attività lavorativa, ma anche quello dove riceve le istruzioni ed organizza il proprio lavoro, nonché dove avviene lo scarico delle merci e nel quale si trovano gli strumenti ed i mezzi di lavoro<sup>45</sup>.

Nella successiva sentenza *Voogsgaerd*, la Corte ha invitato il giudice nazionale a tener conto dei medesimi principi per selezionare la legge applicabile ad un rapporto di lavoro di un lavoratore marittimo assunto con contratto regolato (di nuovo) dal diritto lussemburghese<sup>46</sup>, ed impiegato da un'impresa navale con sede in Lussemburgo a bordo di navi mercantili salpanti prevalentemente da Anversa (in Belgio). La legge applicabile deve considerarsi quella del Belgio se, alla luce di tutti gli elementi che caratterizzano il rapporto, in tale paese si colloca il luogo a partire dal quale il lavoratore svolge le sue missioni, nel quale riceve le istruzioni o dove deve presentarsi prima di compierle<sup>47</sup>.

#### 4.1. segue: il temporaneo svolgimento del lavoro in un altro paese

A norma dell'art. 8, par. 2 *"il paese in cui il lavoro è abitualmente svolto non è ritenuto cambiato quando il lavoratore svolge il suo lavoro in un altro paese in modo temporaneo"*<sup>48</sup>. Con quest'inciso non ci si limita a ribadire quanto emerso nella giurisprudenza sopra richiamata in merito al fatto che spostamenti di breve durata in altri paesi non influiscono sull'identificazione del luogo abituale del lavoro. Letta *a contrario* la disposizione implica il mutamento della legge applicabile ogni volta che la permanenza in un altro paese cessa di essere "temporanea". Ne consegue la necessità di chiarire che cosa debba intendersi per "temporaneità".

La nozione lascia margine ad una significativa discrezionalità dell'organo giudicante, con conseguenti possibili soluzioni diverse nei vari ordinamenti<sup>49</sup>. Qualche chiarimento è contenuto nel considerando 36, nel quale si afferma che il lavoro dovrebbe essere considerato temporaneo se il lavoratore è tenuto a riprendere l'attività nel paese d'origine dopo averla svolta all'estero.

---

a bordo di aerei nel caso in cui esista una base fissa nella quale viene svolta parte dell'attività lavorativa. Il Regolamento Roma I si applica anche ai trasporti internazionali, al pari della Convenzione di Roma, per il dirimente motivo che nessuna disposizione lo esclude (cfr. Relazione Giuliano- Lagarde, cit., p. 27).

<sup>45</sup> Corte giust. CE, *Koelzsch*, punto 49. Da ciò l'applicazione al caso *de quo* della legge tedesca in materia di licenziamento in vece di quella lussemburghese scelta dalle parti (ed il conseguente riconoscimento dell'illegittimità del licenziamento del lavoratore in quanto rappresentante sindacale).

<sup>46</sup> La legge del Lussemburgo offre alle imprese non solo vantaggi fiscali, ma anche una accentuata flessibilità in uscita che la rende tra le meno protettive in Europa.

<sup>47</sup> Corte giust. CE, *Voogsgaerd*, punti 39-40; trattandosi anche in questo caso di una controversia relativa ad un licenziamento, l'applicazione delle norme imperative della legge del Belgio in materia garantirebbe un indennizzo più elevato rispetto a quelle del Granducato.

<sup>48</sup> L'inciso riproduce nella sostanza quanto già previsto dall'art. 6, par. 2 della Convenzione di Roma.

<sup>49</sup> Così anche la COMMISSIONE CE nel *Libro Verde*, cit., p. 38 che riconosce come *"le soluzioni sono poco prevedibili e possono differire da un paese ad un altro"*.

Emerge la volontà del legislatore europeo di attribuire importanza all'elemento "soggettivo" dell'intenzionalità, a scapito di quello oggettivo della durata della presenza all'estero<sup>50</sup>: la temporaneità sussiste anche se la permanenza in un altro Stato membro si protrae a lungo, fino a superare il periodo trascorso nel paese d'origine, purché in questo il lavoratore sia destinato a continuare a svolgere la sua attività.

Un simile concetto di temporaneità sembra funzionale a rendere la selezione della legge applicabile il più immune possibile dalla variazione del luogo di svolgimento della prestazione, in ossequio alle esigenze di certezza, prevedibilità e uniformità sottese all'intero sistema delle norme di conflitto. Questa conclusione merita però delle precisazioni.

Il considerando 36 va letto alla luce del principio di prossimità che si è detto ispirare i criteri di collegamento dettati dall' art. 8. Il che impone che non si possano ignorare, accanto all'elemento soggettivo, le circostanze oggettive che caratterizzano lo svolgimento del rapporto<sup>51</sup>. Ed è indubbio che una prolungata durata della presenza all'estero può essere indice del venir meno del legame con il paese d'origine, specie se non è previsto un termine per il rientro<sup>52</sup>. La necessità di rifuggire da letture formalistiche impone poi di escludere che l'obbligo di riprendere la propria attività nel paese d'origine debba leggersi in senso meramente giuridico, con la conseguenza di ritenere sufficiente la previsione in tal senso contenuta nel contratto di lavoro. Decisivo è che, dalla valutazione complessiva di tutte le circostanze del caso concreto, possa concludersi per la sussistenza di una effettiva volontà delle parti di continuare a svolgere nel paese d'origine l'attività caratterizzante il rapporto<sup>53</sup>.

La "temporaneità" dovrebbe essere esclusa anche quando la ragione principale per la quale il lavoratore è stato assunto è lo svolgimento dell'attività in un altro paese; e ciò avviene in particolare in caso di assunzione con contratti di lavoro di carattere temporaneo. Che il rapporto di lavoro debba aver già avuto svolgimento nel paese d'origine, lo si deduce poi dalla stessa lettera del considerando 36, nel quale si legge che il lavoro deve "riprendere" dopo l'esecuzione all'estero.

Ad ulteriore chiarimento del concetto di "temporaneità", il considerando 36 specifica che l'eventuale conclusione di un nuovo contratto di lavoro con un datore appartenente ad un gruppo di imprese non esclude che la *lex loci laboris* sia quella di un paese diverso, s'intende dove ha sede un'altra impresa del gruppo. In altre parole, ciò che rileva per valutare la natura temporanea della presenza del lavoratore in un'impresa di un gruppo non è il titolo giuridico in base al quale tale presenza si giustifica, ma la ragione sostanziale sottesa alla stessa, ovvero gli interessi effettivi che

<sup>50</sup> Lo sottolinea ancora la COMMISSIONE CE nella sua *Proposta di Regolamento*, cit., p. 7, recependo il suggerimento del MAX-PLANK INSTITUTE, *Comments on European*, cit., p. 47 ss.; in dottrina sul punto cfr. P. VENTURI, *Commento all'art.8*, cit., p. 780 e, in relazione alla Convenzione di Roma, S. KREBBER, *Conflict of Laws in Employment in Europe*, in *Comp. Labor Law & Pol'Y Journal*, 2000, p. 525.

<sup>51</sup> Così P. FRANZINA, *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, in *Lavoro e dir.*, 2008, p. 112-113 per il quale non si può "prescindere né dal programma immaginato dalle parti né dalle circostanze di fatto in cui il rapporto è effettivamente venuto in essere ed ha trovato esecuzione"; il rischio da scongiurare ovviamente è che, affidandosi a quanto programmato dalle parti, si finisca per favorire pratiche elusive del datore.

<sup>52</sup> La stessa COMMISSIONE CE nel *Libro Verde*, cit., p. 39 ribadisce che la durata resta l'indice principale della "temporaneità"; in dottrina cfr. anche M.V. POLAK, "*Laborum dulce lenimen*"?, cit., p. 327.

<sup>53</sup> Cfr. P. VENTURI, *Commento all'art.8*, cit. p. 781 che a supporto di tale conclusione richiama la versione inglese e francese dell'art. 8, par. 2.

con essa si intende realizzare<sup>54</sup>. Anche se solo nell'ambito dei considerando, si è così accolto l'invito della Commissione a tener conto di come spesso, nei gruppi, “*la conclusione di un nuovo contratto corrisponde solo ad esigenze amministrative*”, restando nei fatti il lavoratore alle dipendenze della capogruppo<sup>55</sup>. Si tratta di una precisazione significativa, se si considerano gli ostacoli che sussistono ancora in molti ordinamenti (ivi compreso l'italiano) al riconoscimento del gruppo come fenomeno unitario ai fini lavoristici<sup>56</sup>.

## 5. I criteri di collegamento sussidiari: la sede di assunzione

L'art. 8, par. 3 del Regolamento conferma quanto previsto dalla Convenzione di Roma in merito all'adozione del criterio sussidiario della “sede” che ha proceduto all'assunzione. Il criterio trova applicazione solo nel caso in cui non sia possibile identificare il luogo di svolgimento abituale del lavoro<sup>57</sup>; ha dunque natura residuale rispetto a quello della *lex loci laboris*, in virtù della maggior funzionalità di quest'ultimo a garantire una tutela adeguata al lavoratore<sup>58</sup>. La sua area di applicabilità è stata ulteriormente ridotta dal fatto che luogo abituale va inteso anche quello “*a partire dal quale*” la prestazione viene svolta, secondo quanto dispone l'art. 8, par. 2 sulla scia della giurisprudenza della Corte di giustizia (*supra* par. 4). È proprio tale giurisprudenza a dimostrare come non ci sia spazio per l'utilizzo del criterio della sede per selezionare la legge applicabile ai lavoratori impiegati nel settore dei trasporti internazionali ed in generale ai lavoratori “itineranti”, tutte le volte che esiste un'unica base fissa dalla quale il lavoratore si muove ed alla quale fa periodicamente ritorno. Al criterio *de quo* è invece sempre necessario fare riferimento nel caso in cui il lavoro venga svolto in un luogo non sottoposto alla sovranità di alcuno Stato (il tipico esempio è quello della piattaforma galleggiante<sup>59</sup>), nonostante che il riferimento espresso a tale ipotesi, presente nella proposta della Commissione, non abbia trovato spazio nella versione finale del Regolamento<sup>60</sup>.

<sup>54</sup> La sentenza Corte giust. CE, 10 aprile 2003, C-437/00, *Pugliese* può apparire in contrasto con il considerando 36. Decidendo in merito alla giurisdizione, i giudici di Lussemburgo hanno infatti concluso per la sussistenza del luogo di svolgimento abituale della prestazione di lavoro nel paese dove una lavoratrice era stata inviata dalla capogruppo, in forza di un meccanismo negoziale che implicava la sospensione del rapporto di lavoro e l'assunzione da parte dell'impresa controllata. L'apparente contrasto può risolversi se si considera la peculiarità del caso dedotto in giudizio: la questione non verteva sulla temporaneità o meno della presenza della lavoratrice all'estero, posto che questa durante il periodo oggetto della controversia era stata stabilmente occupata presso l'impresa controllata. La decisione della Corte conferma piuttosto come la soluzione di ciascun caso implichi la considerazione complessiva di tutte le circostanze che lo caratterizzano sul piano sostanziale (in merito cfr. le osservazioni di A. LO FARO, “*Turisti e vagabondi*”: *riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini*, in *Lavoro e dir.*, 2005, p. 454-455).

<sup>55</sup> Cfr. Commissione CE, *Libro Verde*, cit., p. 39.

<sup>56</sup> Sul tema per tutti, cfr. O. RAZZOLINI, *Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da unicità d'impresa*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2009, p. 263 ss. e, in un'ottica estesa a tutte le ipotesi di collegamento negoziale, V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, ivi, 2010, p. 1 ss. (spec. p. 60-61 per cenni ai profili internazional-privatistici).

<sup>57</sup> Corte giust. CE, *Koelzsch*, punto 43 e *Voogsgaerd*, punto 35.

<sup>58</sup> Come si legge nella sentenza Corte giust. CE, ult. cit, punti 42-43, “*poiché l'obiettivo dell'articolo 6 della Convenzione di Roma è di assicurare una tutela adeguata al lavoratore, tale disposizione deve essere intesa nel senso che essa garantisce l'applicabilità della legge dello Stato in cui egli svolge le sue attività professionali piuttosto che di quella dello Stato della sede del datore*”.

<sup>59</sup> L'esempio è richiamato nella Relazione Giuliano-Lagarde, cit., p. 27.

<sup>60</sup> L'art. 6, par. 2, lett. b) della *Proposta di Regolamento*, cit., prevedeva il ricorso al criterio della sede “*qualora [il lavoratore] non compia abitualmente il suo lavoro in o a partire da uno stesso paese o qualora compia abitualmente il suo lavoro in uno spazio non sottoposto ad un'autorità nazionale*”.

Il criterio della sede di assunzione risponde massimamente ad esigenze di certezza e di prevedibilità della legge applicabile, che viene selezionata in base al luogo cui presumibilmente entrambe le parti hanno fatto riferimento nel momento della stipula del contratto<sup>61</sup>. Se ciò è vero, il legislatore europeo, nel riprodurre fedelmente nell'art. 8, par. 3 il testo della Convenzione di Roma, ha perso l'occasione per risolvere alcune incertezze interpretative che rischiano di compromettere le finalità della norma. L'inerzia del legislatore è stata però compensata dall'attivismo della Corte di giustizia, che nella sentenza *Voogsgeerd* ha fornito preziose indicazioni in merito, rispondendo a specifiche questioni pregiudiziali<sup>62</sup>.

I giudici di Lussemburgo hanno chiarito che l'identificazione della sede prescinde dalle effettive modalità di svolgimento del rapporto, essendo necessario procedervi proprio quando non è possibile ricavare da queste il luogo di svolgimento abituale del lavoro<sup>63</sup>. La sede coincide con l'impresa che ha concluso il contratto di lavoro ovvero che ha formalmente assunto il lavoratore; il che significa che il giudice deve considerare soltanto gli elementi relativi alla "procedura di conclusione del contratto" e non quelli attinenti alla sostanza del rapporto<sup>64</sup>. Neppure rileva il fatto che la sede di assunzione sia o meno dotata di personalità giuridica, essendo sufficiente che il contratto sia concluso da "qualsiasi struttura stabile di un'impresa" (filiale, succursale o ufficio)<sup>65</sup>. La necessaria "stabilità" della struttura organizzativa che procede all'assunzione impedisce però che possa considerarsi "sede" un agente inviato in uno Stato al solo fine di assumere un lavoratore<sup>66</sup>.

È evidente che la sede può non coincidere con il centro effettivo di amministrazione del rapporto di lavoro, ma questa pare l'inevitabile conseguenza dell'adozione di un criterio di collegamento strettamente "formale", per questo tale da ridurre i margini di incertezza nella selezione della legge applicabile. Il criterio della sede si fonda dunque su una logica per certi versi opposta a quella sottesa al criterio della *lex loci laboris*, funzionale ad identificare il centro di gravità sostanziale del rapporto. Quando questo manca, o comunque non è chiaramente accertabile dal giudice, suppliscono gli elementi formali del rapporto. Il che conferma come il problema dell'identificazione del datore di lavoro si ponga in termini affatto peculiari nel sistema delle norme di conflitto, alla luce delle quali deve essere risolto (*supra* par. 2). Se è vero che per identificare la *lex*

<sup>61</sup> Cfr. M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, in *Quaderni dir. lav. e relazioni ind.*, n. 20, 1998, p. 82; analogamente cfr. U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit. p. 167.

<sup>62</sup> La Corte ha voluto rispondere alle questioni pregiudiziali relative alla corretta interpretazione della nozione di "sede" di cui all'art. 6, par. 2, lett. b) della Convenzione, evidentemente per non perdere l'occasione di affrontare importanti nodi interpretativi; ciò nonostante che il caso andasse risolto chiaramente in virtù del criterio principale della *lex loci laboris* di cui all'art. 6, par. 2, lett. a), come la Corte stessa riconosce nelle osservazioni preliminari (Corte giust. CE, *Voogsgeerd*, punti 22-42).

<sup>63</sup> Corte giust. CE, ult. cit., punti 44-46.

<sup>64</sup> Corte giust. CE, ult. cit., punto 50, dove si legge che "il giudice di rinvio dovrebbe prendere in considerazione [...] unicamente [gli elementi] relativi alla procedura di conclusione del contratto, quali la sede che ha pubblicato l'annuncio di assunzione e quella che ha condotto il colloquio di assunzione".

<sup>65</sup> Corte giust. CE, ult. cit., punto 54. Ne esce solo in parte confermata l'autorevole opinione di chi (basandosi sulla lettera della versione francese della Convenzione di Roma) identifica la sede con lo "stabilimento che ha proceduto ad assumere" (cfr. P. LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, in *Rev. crit. droit int. priv.*, 1991, p. 318).

<sup>66</sup> Corte giust. CE, ult. cit., punto 55; a diversa conclusione si deve invece giungere "se questo stesso agente si reca in un paese in cui il datore di lavoro mantiene una rappresentanza stabile della sua impresa" (punto 56).

*loci laboris* è necessario considerare gli elementi oggettivi del rapporto indipendentemente dalla formale imputazione dello stesso<sup>67</sup>, il giudizio teso ad identificare la sede prescinde da tali elementi; a tal punto che, come precisato dalla Corte di giustizia, la reale natura di datore del soggetto che, formalmente, ha proceduto all'assunzione, può essere revocata in dubbio solo qualora questi “*abbia agito in nome e per conto*” di un'altra impresa; cioè solo in presenza di un mandato esplicito che formalizzi un trasferimento dei poteri datoriali<sup>68</sup>.

La *ratio* di certezza sottesa al criterio *de quo* suggerisce la soluzione al problema degli effetti conseguenti al cambiamento di sede del datore. Associare a quest'ultimo anche il mutamento della legge applicabile contrasterebbe con l'esigenza del lavoratore di fare affidamento sulla legge selezionata al momento dell'assunzione; è vero infatti che questi ben potrebbe ignorare il trasferimento dell'impresa<sup>69</sup>, posto che il presupposto “fattuale” per l'applicazione del criterio in esame è che il lavoro non venga abitualmente svolto presso la sua sede centrale. Al contrario di quanto avviene in conseguenza dell'applicazione del criterio della *lex loci laboris*, il criterio della sede determina dunque una cristallizzazione della legge applicabile al rapporto identificata al momento dell'assunzione<sup>70</sup>.

#### 5.1. segue: il collegamento più stretto

Il sistema di norme di conflitto relativo al contratto di lavoro è chiuso dalla c.d. clausola d'eccezione, espressione del generale principio di “prossimità” ed applicabile in forza di un giudizio che tenga conto dell' “*insieme delle circostanze*” (art. 8, par. 4). La sua riscrittura nel Regolamento permette di chiarire che grazie ad essa vengono disattesi gli altri due criteri di collegamento e non solo quello della sede, come il vecchio testo dell'art. 6, par. 2 della Convenzione di Roma poteva erroneamente indurre a credere<sup>71</sup>. Ciò significa che la clausola in questione è utilizzabile non solo quando non è possibile localizzare il luogo di abituale svolgimento del lavoro, ma anche quando tale luogo è in ipotesi identificabile, ma dall'insieme delle circostanze attinenti ai profili soggettivi ed oggettivi del contratto emerge un legame più significativo (un “*collegamento più stretto*”) con un diverso ordinamento. Il collegamento più stretto può ricavarsi da una pluralità di elementi, tra i quali, in primo luogo, la residenza o il domicilio del lavoratore o di entrambe le parti, l'effettivo centro decisionale del datore, la lingua e la forma adoperata nel contratto, la valuta usata per la retribuzione ed il luogo in cui questa viene versata<sup>72</sup>.

Nel confermare anche nel Regolamento la clausola d'eccezione, è prevalsa la considerazione che una troppo rigida applicazione dei criteri di collegamento non sarebbe stata compatibile con l'e-

<sup>67</sup> Che il criterio della *lex loci laboris* implichi una nozione di datore che non tiene conto del dato formale della titolarità del contratto, ma piuttosto dei profili sostanziali ricavabili dall'esercizio nei fatti delle prerogative datoriali e dall'eventuale collegamento negoziale, emerge chiaramente dalla sentenza Corte giust. CE, *Pugliese* (*supra* nt. 54).

<sup>68</sup> Corte giust. CE, *Voogsgeerd*, punti 49 e 63.

<sup>69</sup> Così U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, p. 168.

<sup>70</sup> Cfr. L. FICARI, *Commento all'art.6*, cit., p. 1006; M. E. CORRAO, *Profili internazionale-provatistici*, cit., p. 514; A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato*, cit. p. 832

<sup>71</sup> In tal senso cfr. Cass., 7 dicembre 2005, n. 26976 in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2006, p. 1053 ss.

<sup>72</sup> In merito, diffusamente, cfr. R. BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 240 ss.

signanza di fornire risposte adeguate alle molteplici ed imprevedibili fattispecie capaci di dar origine a conflitti di leggi<sup>73</sup>. Un'esigenza sentita in maniera più netta in relazione ai contratti di lavoro rispetto alle altre tipologie contrattuali, considerando che l'omologa disposizione destinata alla generalità dei contratti è stata riformata in senso restrittivo<sup>74</sup>.

Si apre in questo modo un notevole spazio per la discrezionalità del giudice, che entra in contraddizione con le finalità di certezza e prevedibilità cui il legislatore europeo del 2008 si è detto essersi ispirato<sup>75</sup>. Per questo motivo, al fine di scongiurare un uso del criterio in parola capace di disarticolare l'intero sistema delle norme di conflitto, se ne auspica unanimemente un utilizzo parsimonioso<sup>76</sup> ed un'interpretazione restrittiva che gli faccia assumere un ruolo residuale rispetto agli altri criteri<sup>77</sup>.

Il criterio del collegamento più stretto trova elettiva sede di applicazione in quei rapporti di lavoro che mancano di un luogo di svolgimento agevolmente identificabile, *in primis* nell'ambito del trasporto internazionale, dove la sua concorrenza con gli altri criteri appare fisiologica. Esso s'impone poi come necessario nel caso del telelavoro internazionale, strutturalmente privo di un centro "fisico" di gravità del rapporto<sup>78</sup>.

In una logica di contrasto allo *shopping* normativo, la clausola può risultare funzionale a tutelare il lavoratore nell'ambito dei gruppi di imprese multinazionali, grazie all'individuazione del collegamento più stretto con il paese dove si trova il centro decisionale effettivo del gruppo (ovvero l'impresa controllante)<sup>79</sup>. Analogamente, la prolungata permanenza sul territorio di un paese in esecuzione di un contratto di lavoro può essere un indice che concorre a far emergere un legame più stretto con tale paese, nonostante il carattere "temporaneo" della presenza ai sensi dell'art. 8, par. 2; e l'attrazione nel regime fiscale e previdenziale<sup>80</sup> del paese ospitante (oltre al fatto di esservi domiciliati) acquista in quest'ottica un indubbio rilievo.

Certo è che la clausola d'eccezione non può essere strumentalmente usata per applicare la *lex fori*, né per garantire al lavoratore il trattamento più favorevole<sup>81</sup>. Il criterio ha natura neutra ed

<sup>73</sup> In tal senso, M.V. POLAK, "Laborum dulce lenimen?", cit. p. 331; analogamente L. FICARI, *Lavoro (legge applicabile al contratto di)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma, 1995, p. 3.

<sup>74</sup> L'art. 4, par. 3 del Regolamento Roma I richiede la presenza di "collegamenti manifestamente più stretti con un paese diverso" per applicare la clausola d'eccezione.

<sup>75</sup> Cfr. F. SEATZU, *La legge applicabile*, cit. p. 353 che profila scenari di "grave incertezza".

<sup>76</sup> Così R. CLERICI, *Quale favor*, cit., p. 222.

<sup>77</sup> Cfr. tra gli altri, F. MOSCONI, *Giurisprudenza e legge*, cit. p. 61 e F. SEATZU, *La legge applicabile*, cit. p. 355.

<sup>78</sup> L'esempio è suggerito dalla Commissione nel *Libro Verde*, cit., p. 40.

<sup>79</sup> Cfr. M. E. CORRAO, *Profili internazionale-privatistici*, cit. p. 517.

<sup>80</sup> L'art. 12, par. 1 del Regolamento (CE) n. 883/2004 fissa in 24 mesi la durata massima del distacco, oltre la quale il lavoratore viene iscritto nel sistema di sicurezza sociale del paese ospitante, mentre la decisione 2000/181/CE della Commissione amministrativa, recependo la giurisprudenza della Corte di giustizia sul tema, detta i criteri per individuare dove si collocano le attività significative dell'impresa, ai fini del suo inquadramento previdenziale (sul tema, cfr. M. CINELLI, *Distacco e previdenza nella prestazione transnazionale di servizi*, in *Lavoro nella giur.*, 2007, p. 124 ss. e, da ultimo, W. CHIAROMONTE, *La disciplina del coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale*, in S. SCIARRA, *Manuale di diritto sociale europeo*, Giappichelli, Torino 2010, p. 248 ss.). La materia non ha diretto rilievo internazionale-privatistico, nel senso che l'iscrizione in un sistema di sicurezza sociale non ha automatiche conseguenze sul piano della legge applicabile; come suggerito nel testo, è però un indice significativo del legame con un paese.

<sup>81</sup> Cfr. F. MOSCONI, *Giurisprudenza e legge*, p. 62 che richiama una nota sentenza della Cour d'Appel di Parigi (sent. 7 giugno 1996, in *Rev. crit. droit int. priv.*, 1997, p. 55 con nota critica di M. A. MOREAU); più recentemente, sempre dalla giurisprudenza francese, cfr. Cass.

asettica e non è invocabile per perseguire obiettivi di equità sostanziale<sup>82</sup>. Il che non esclude naturalmente che nei fatti a questi obiettivi si riveli spesso funzionale.

Ciò è vero in particolare nell'ambito del lavoro marittimo, dove la clausola d'eccezione può permettere di contrastare la prassi dell'adozione delle c.d. bandiere di comodo: prassi favorita proprio dall'incertezza circa l'applicazione dei criteri di collegamento<sup>83</sup>. A contrastare gli effetti dell'adozione di bandiere di comodo può oggi concorrere l'inciso "a partire dal quale" introdotto nella nuova versione dell'art. 8, par. 2, nei casi in cui la nave batta con regolarità la medesima rotta, salpando sempre dallo stesso porto. Quando però ciò non accade, sembrerebbero legittimo sottoporre il lavoro marittimo alla legge nazionale della nave<sup>84</sup>, se in essa, con buona parte della dottrina, si identifica il luogo di svolgimento abituale della prestazione<sup>85</sup>. Anche il ricorso al criterio sussidiario del luogo di assunzione<sup>86</sup> non garantisce di per sé dal *law shopping*, vista la facilità con la quale un armatore può sceglierlo in ragione della normativa lavoristica più conveniente. È grazie alla clausola d'eccezione che è allora possibile identificare come applicabile la legge di un paese diverso da quello "di bandiera", se questo è stata scelto rispondendo alla sola logica della convenienza ed in assenza di altri collegamenti significativi<sup>87</sup>.

## 6. Le disposizioni non derogabili dalla legge scelta dalle parti

Se le parti manifestano la volontà di affidare la regolazione del loro rapporto alla legge di un ordinamento diverso da quello individuabile in base ai criteri sin qui analizzati, questi ultimi servono per identificare l'ordinamento le cui norme inderogabili devono comunque trovare applicazione a tutela del lavoratore (art. 8, par. 1). Il riferimento alle "disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente" sostituisce nel Regolamento quello alle "norme imperative" contenuto nell'omologo disposto della Convenzione di Roma. Si tratta di una modifica quanto mai opportuna, che scioglie qualsiasi dubbio circa la non sovrapposibilità della nozione in parola con quella di "norme di applicazione necessaria" oggetto del disposto di cui al successivo art. 9, anch'esse definite come "norme imperative" nel testo della Convenzione (art. 7) (*infra* paragrafo 8).

23 ottobre 2005, commentata da F. JAULT-SESEKE, *L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail*, ivi, 2005, p.269 ss.

<sup>82</sup> Così F. MOSCONI, ult. cit., p. 61; F. CLERICI, *Quale favor*, cit. p. 225; S. KREBBER, *Conflict of laws*, cit. p. 527.

<sup>83</sup> Il problema della legge applicabile ai contratti di lavoro del personale navigante non ha univoca soluzione; su di esso, nell'ordinamento italiano, incide anche la normativa speciale istitutiva del registro internazionale (legge n. 30/98) e quella che disciplina la professione del raccomandatario marittimo (legge n. 135/77). Il tema meriterebbe ampia e specifica trattazione non possibile in questa sede (in merito, oltre all'opera monografica di L. MENGHINI, *I contratti di lavoro nel diritto della navigazione*, Milano, Giuffrè, 1996, cfr. tra gli altri, F. GUADAGNA, *Internazionalizzazione degli equipaggi e legge applicabile ai rapporti di lavoro*, in *Dir. marit.*, 2006, p. 668 ss.).

<sup>84</sup> È quanto prevede la legislazione di diversi Stati membri. In Italia il criterio della nazionalità della nave è prescritto dall'art. 9 codice nav., che però la dottrina considerava già abrogato per effetto dell'entrata in vigore della legge 218/95 e della conseguente applicazione dell'art. 6 della Convenzione di Roma (cfr. L. MENGHINI, *Tutela dei marittimi e diritto internazionale privato del lavoro: l'abrogazione dell'art. 9 cod. nav. a opera della Convenzione di Roma del 1980*, in *Riv. giur. lav.*, 1996, II, p. 212 ss.). La Cassazione riconosce al criterio della nazionalità della nave un ruolo residuale rispetto agli altri criteri di collegamento utilizzabili: così in Cass., Sez. Un., 17 luglio 2008, n. 19595, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 659, dove, seppur in materia di giurisdizione, l'applicabilità del criterio *de quo* al caso di specie è stata esclusa in ragione di "plurimi e successivi approdi anche in diversi paesi" (cfr. anche Cass., 1 giugno 2006, n. 13053 in *Dir. marit.*, 2008, p. 1274 ss, che conferma Cass. Sez. Un., 18 ottobre 1993, n. 10293, in *Foro it.*, 1995, I, 312).

<sup>85</sup> Cfr. U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit., p. 170 e MAX-PLANK INSTITUTE, *Comments on European*, cit, p. 70.

<sup>86</sup> Ne suggerisce l'adozione P. VENTURI, *Commento all'art.8*, cit., p. 783.

<sup>87</sup> Oltre autori citati in nota 85, cfr. P. CHAUMETTE, *Le droit du travail des gens de mer en chantier- deconstruction-reconstruction*, in *Dir. marit.*, 2004, p. 1234.

Le precisazioni apportate nel nuovo testo non risolvono però il centrale problema interpretativo cui la disposizione dà origine, ovvero a quali norme possa essere attribuito il carattere dell'inderogabilità. Problema che chiama in causa il tema del ruolo e della funzione della norma inderogabile nel diritto del lavoro, la cui "crisi" rappresenta l'elemento caratterizzante la recente fase evolutiva della materia in tutti gli ordinamenti<sup>88</sup>.

Non è questa ovviamente la sede per affrontare una simile questione; e tuttavia con essa si deve fare i conti per far luce sulla pratica operatività della norma in esame. Qui basti osservare come tra le norme inderogabili vadano ricomprese anche quelle cedevoli rispetto alla contrattazione collettiva. Ed anzi, il fatto che una norma sia derogabile "soltanto" dalla contrattazione collettiva può a ragione considerarsi un indice della sua imperatività (*rectius* inderogabilità)<sup>89</sup>. Tale conclusione appare coerente con la *ratio* dell'art. 8 del Regolamento, il cui fine è quello di limitare la libera scelta della legge applicabile da parte del datore; un limite che non sarebbe logico rimuovere qualora la legge riconoscesse solo al contratto collettivo (e non appunto alla volontà delle parti) il potere di discostarsi da quanto essa dispone.

Con il che non si è affatto risolto il problema degli effetti che sul sistema delle norme di conflitto determina la presenza di una molteplicità di forme di integrazione tra legge, contratto collettivo e autonomia individuale, configuranti diversi "gradi" di inderogabilità della prima. Limitandosi soltanto a richiamare in termini generali una simile problematica, che richiede una soluzione caso per caso, non si può non rilevare come la crescente apertura all'autonomia individuale nella regolazione dei rapporti di lavoro renda sempre meno agevole l'invocabilità della norma inderogabile per arginare il *law shopping*.

#### 6.1. Il ruolo dell'autonomia individuale nella scelta della legge applicabile

Pur con il limite delle norme inderogabili, la volontà delle parti resta il principale criterio di collegamento anche per i rapporti di lavoro, a conferma della regola generale posta dall'art. 3 del Regolamento. Il richiamo espresso a questa norma contenuto nell'art. 8, par. 1 rende l'*optio legis* esercitabile nella maniera più ampia. La scelta può avvenire anche dopo la conclusione del contratto e le parti possono mutare la designazione della legge applicabile con accordi successivi, con il solo limite della garanzia dei diritti dei terzi (art. 3, par. 2). È ammessa la possibilità di frazionamento del contratto (c.d. *dépeçhage*), vale a dire che le sue clausole possono essere sottoposte a leggi di ordinamenti diversi, salvo la necessità di garantire la coerenza interna della disciplina

<sup>88</sup> Non avendo senso rendere conto in questa sede dello sterminato dibattito sul tema, ci si limita a richiamare S. SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2006, p.39 ss. che affronta la questione in ottica sovranazionale ed (anche) internazionale-privatistica e P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, ivi, 2008, spec. p. 481 ss.

<sup>89</sup> Così, in relazione all'art. 6 della Convenzione di Roma, M.V. POLAK, "*Laborum Dulce Lenimen?*", cit., p. 325 e 336. Una diversa conclusione, nell'ordinamento italiano, avrebbe oggi effetti dirompenti a causa della presenza dell'art. 8, legge n. 148/2011 che, di fatto, renderebbe inapplicabile l'intero sistema di norme di conflitto relative al contratto di lavoro configurato dall'art. 8 del Regolamento.

che ne consegue<sup>90</sup>. La scelta può cadere anche su fonti non statali<sup>91</sup> che, nel caso dei contratti di lavoro, includono i contratti collettivi.

La lettera dell'art. 8, par. 1 non esclude l'operatività della c.d. scelta implicita (o tacita), ammessa dal precedente art. 3, par. 1 nel caso in cui la volontà comune, non manifestata espressamente dalle parti, risulti “*chiaramente dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso*”. Si è osservato come sia necessario considerare il concorso di più elementi (formali o attinenti ai comportamenti delle parti) al fine di dimostrare l'effettiva consapevolezza del lavoratore circa l'applicazione al contratto di una legge diversa da quella derivante dal ricorso ai criteri previsti in assenza di scelta<sup>92</sup>. Su questa linea sembra porsi la Corte di Cassazione che, nella sua più recente giurisprudenza, ha ammesso la legittimità dell'individuazione per via indiziaria della legge scelta dalle parti, pur in assenza di esplicita indicazione delle stesse, basandosi proprio sul disposto dell'art. 3 (nell'equivalente versione contenuta nella Convenzione di Roma).

Il rilievo della volontà implicita non necessariamente si traduce in uno svantaggio per il lavoratore, ben potendo essere funzionale ai suoi interessi, specie considerando che il datore di norma si premunisce con espresse clausole contrattuali qualora voglia adottare una legge diversa da quella derivante dai criteri sussidiari. A riprova di ciò, la Cassazione ha giustificato l'applicazione della legge italiana (rivendicata dal lavoratore) ad un rapporto di lavoro tra un cittadino italiano ed una filiale estera di un'impresa italiana, deducendo la volontà implicita delle parti dalla loro comune nazionalità e dal rinvio nel contratto ad istituti ed a norme del loro paese di appartenenza<sup>93</sup>. Dalla giurisprudenza di legittimità, in vero, emerge un uso non lineare delle norme di conflitto internazionale-privatistiche, dal momento che il criterio della legge (implicitamente) scelta dalle parti pare sovrapporsi a quello del “collegamento più stretto” (cioè alla clausola d'eccezione, che è, rispetto alla volontà delle parti, criterio sussidiario); ciò si ricava dal fatto che i giudici di Cassazione individuano nella legge scelta dalle parti l'unica legge regolatrice del contratto, disapplicabile solo per contrasto con l'ordine pubblico internazionale<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> M.V. POLAK, ult. cit., p. 327; criticamente, A. LYON CAEN- S.SCIARRA, *La Convenzione di Roma*, cit., p. 18; sul *dépeçage*, in generale, cfr. l'ormai classico saggio di P. LAGARDE, *Le “depeçage” dans le droit international privé des contrats*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1975, p. 649 ss.

<sup>91</sup> Lo si ammette espressamente nel considerando 13 del Regolamento Roma I, fuggendo i dubbi a riguardo espressi in dottrina (cfr. L. FICARI, *Commento all'art.6*, cit., p.1004, p.2 e G. SACERDOTI, *Finalità e caratteri generali della Convenzione di Roma, La volontà delle parti come criterio di collegamento*, in G. SACERDOTI- M. FRIGO (a cura di), *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 14).

<sup>92</sup> Così P. VENTURI, *Commento all'art.8*, cit., p. 775 e F. SEATZU, *La legge applicabile*, cit. p. 345-346.

<sup>93</sup> Cass., 15 luglio 2010, n. 16579 in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, p. 857 con nota di A. BORDONE, *Obbligo di repêchage e rilevanza delle filiali estere* (cfr. anche S. VARVA, *Come va valutato il licenziamento del lavoratore impiegato in una sede estera?*, in *Note informative* 51, 2011, p. 53); grazie al riconoscimento della scelta implicita della legge italiana la Corte di Cassazione ha valutato illegittimo il licenziamento del lavoratore per violazione dell'obbligo di repêchage, da effettuare con riferimento a tutte le articolazioni dell'impresa, indipendentemente dal paese di stabilimento, e non solo alla singola filiale con sede all'estero (*contra* Tribunale Milano 17 novembre 2004, in *Orient. giur. lav.*, 2004, p. 929, nel senso che la ricollocazione di un lavoratore non possa travalicare i confini nazionali dell'azienda).

<sup>94</sup> Cfr. anche Cass., 25 novembre 2010, n. 23933, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2011, p. 474, relativa ad un licenziamento di un lavoratore assunto da una multinazionale tedesca ed a lungo utilizzato in distacco dalla filiale italiana. La Cassazione ha ammesso l'applicazione della legge tedesca in ragione dell'esistenza di numerosi indici rivelatori della volontà delle parti di sceglierla come legge regolatrice del rapporto (scelta della lingua per la redazione del contratto, luogo di predisposizione e conclusione dello stesso, valuta scelta per il corrispettivo, regime previdenziale, inesistenza di obiezioni da parte del lavoratore durante il rapporto), ma non ha valutato la pos-

Lo scenario incerto che emerge dalla recente giurisprudenza di legittimità non permette dunque di fugare le perplessità manifestate da chi, nell'apertura all'autonomia delle parti confermata dall'articolo 8, coglie una contraddizione con la *ratio* di tutela della parte debole che dovrebbe ispirare il sistema "speciale" di norme di conflitto sui contratti di lavoro<sup>95</sup>. Evidentemente per il legislatore europeo tale *ratio* è soddisfatta dai limiti che la volontà delle parti trova nelle norme inderogabili del paese collegato al contratto in base ai criteri applicabili in mancanza di scelta, secondo uno schema che riproduce sul piano della disciplina internazional-privatistica il tradizionale rapporto tra fonti eteronome e autonomia individuale configurato nell'ambito dei sistemi nazionali di diritto del lavoro<sup>96</sup>.

La medesima *ratio* di tutela finisce per accentuare il problema del frazionamento del contratto, frutto del *depeçhage*. Dal momento che la legge scelta dalle parti cede a fronte delle specifiche norme individuate in base ai criteri sussidiari che offrono in concreto protezione maggiore al lavoratore<sup>97</sup>, è necessario operare un puntuale confronto tra le diverse disposizioni di legge applicabili al fine di individuare quella più favorevole. Il problema dei criteri sui quali basare tale confronto non è (colpevolmente) affrontato dal Regolamento<sup>98</sup>. Sembra condivisibile l'opinione di chi esclude di operarlo tra le singole clausole, optando per il più elastico criterio del confronto tra istituti, che permette di tener conto del livello complessivo di tutela assicurato al lavoratore<sup>99</sup>. Il che riduce solo in parte l'effetto di frazionamento del contratto che, come detto, la norma in esame implica.

Non gioca un ruolo significativo per risolvere i problemi sin qui richiamati la Direttiva n. 91/533/CE relativa agli obblighi di informazione del datore sulle principali condizioni contrattuali, che pur dedica una norma specifica al lavoratore inviato all'estero. L'art. 4, par. 1 della Direttiva si limita ad ammettere che le informazioni cui il datore è tenuto<sup>100</sup> siano ricavabili dal riferimento alle "disposizioni legislative, regolamentari, amministrative, statutarie o ai contratti collettivi" applicabili al rapporto. Ciò non comporta tuttavia che la legge indicata sia quella effettivamente scelta dalle parti, neppure implicitamente, posto il carattere unilaterale dell'informazione; né, tanto meno, garantisce la correttezza della individuazione della legge applicabile alla luce dei criteri

---

sibile prevalenza delle norme inderogabili dello Stato individuato in base ai criteri sussidiari dettati dall'articolo 6, par. 2 della Convenzione di Roma; da ciò il fondato sospetto, riportato nel testo, di un uso nei fatti della volontà implicita quale criterio sostitutivo della clausola d'eccezione. La sentenza poi si espone ad ulteriori valutazioni critiche per non aver considerato la rilevanza (evidente nel caso di specie) della d.lgs. n. 72/00 di recepimento della Direttiva 96/71/CE (vd. *infra* nt. 188).

<sup>95</sup> Cfr. P. VENTURI, *Commento all'art. 8*, cit. p. 773 e F. SEATZU, *La legge applicabile*, cit., p. 341 ss. Meno critica la lettura di M. E. CORRAO, *Profili internazional-privatistici*, cit. p. 508 che sottolinea l'importanza di configurare i rapporti di lavoro internazionali in una "prospettiva dinamica" e valorizza il criterio della legge scelta dalle parti nei contratti con dirigenti e lavoratori di alta professionalità.

<sup>96</sup> Cfr. ancora M. E. CORRAO, *ult. cit.*, p. 511.

<sup>97</sup> Come si legge nella Relazione Giuliano-Lagarde in relazione all'art. 6 della Convenzione di Roma "Nella misura in cui le disposizioni della legge applicabile in base al paragrafo 2 proteggano i lavoratori meglio della legge scelta, per esempio accordando un più lungo periodo di preavviso, esse prevalgono sulle corrispondenti disposizioni di quest'ultima e si applicano in loro vece".

<sup>98</sup> Critico sul punto anche A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato*, cit. p. 829.

<sup>99</sup> M. MAGNANI, *Il diritto applicabile*, cit., p. 86 (sulla scia di P. RODIÈRE, *Note*, in *Rev. crit. droit inter. priv.*, 1990, p. 711 che propone la comparazione tra disposizioni aventi la medesima finalità) e U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit., p. 162.

<sup>100</sup> A quelle di carattere generale di cui all'art. 2, par. 2, l'art. 4 della Direttiva 91/533 aggiunge le informazioni attinenti alla durata della permanenza all'estero, alla valuta utilizzata, alle indennità eventualmente riconosciute ed alle condizioni di rimpatrio.

fissati dal Regolamento<sup>101</sup>.

## 7. Profili particolari del contratto di lavoro internazionale: forma e modalità di esecuzione

Le norme di conflitto dettate dall'art. 8 permettono di individuare la legge applicabile alla sostanza del contratto di lavoro<sup>102</sup>. La stessa legge è chiamata a regolarne i profili formali, ma il contratto resta comunque valido se così dispone la legge del paese dove è concluso (*lex loci actus*) (art. 11, par. 1). Se le parti, al momento della conclusione del contratto, si trovano in paesi diversi, vale anche la forma prevista dalla legge di uno dei questi o del paese di residenza abituale di una delle parti (art. 11, par. 2). Queste norme di conflitto in materia di forma del contratto hanno valenza generale, ovvero riguardano qualsiasi tipologia contrattuale. La *ratio* del *favor negotii* (o *validitatis*)<sup>103</sup> cui sono chiaramente ispirate è però poco sintonica con l'esigenza di tutela della parte debole posta a base dell'art. 8<sup>104</sup>. Il contrasto tra le due logiche regolative è ancora più stridente in relazione agli atti unilaterali (come il licenziamento e le sanzioni disciplinari), anch'essi validi se tali per la legge che ne disciplina la sostanza o per quella del paese dove l'atto è compiuto o dove l'autore dell'atto risiede abitualmente (art. 11, par. 3).

Gli effetti pregiudizievoli che teoricamente da tali disposizioni conseguono per il lavoratore potrebbero essere neutralizzati riconducendo le regole relative alla forma tra le norme inderogabili o tra quelle di applicazione necessaria (*infra* paragrafo 8), nella misura in cui i vincoli formali siano inscindibilmente legati alle finalità di tutela sostanziale del lavoratore<sup>105</sup>. Sarebbe stato comunque preferibile associare necessariamente la legge applicabile ai requisiti formali del contratto di lavoro a quella regolatrice dei suoi profili sostanziali.

Il Regolamento contiene una specifica norma di conflitto riferita alle modalità di esecuzione del contratto, la regolazione delle quali è rimessa alla legge del paese dove l'esecuzione stessa ha luogo (art. 12, par. 2) (*lex loci executionis/solutionis*). Il disposto, anch'esso di carattere generale, va interpretato restrittivamente in relazione al contratto di lavoro. Condivisibile è ovviamente un suo utilizzo funzionale a permettere l'applicazione della legislazione in materia di festività propria del luogo di esecuzione del lavoro<sup>106</sup>. Il criterio *de quo* può incidere anche sulla materia dell'orario, limitatamente ai profili attinenti ad una sua modulazione nel rispetto dei limiti fissati dalle norme inderogabili applicabili in base all'art. 8<sup>107</sup>.

È infine rimessa alla legge regolatrice del contratto la disciplina delle capacità giuridiche "speciali",

<sup>101</sup> Sull'assenza di coordinamento tra la Direttiva 91/533/CE e la Convenzione di Roma si rinvia alle osservazioni critiche di A. LYON CAEN- S. SCIARRA, *La Convenzione di Roma*, cit., p. 16-17.

<sup>102</sup> L'art. 12, par. 1 del Regolamento Roma I individua i profili sostanziali della disciplina contrattuale regolati dalla legge applicabile con un elenco di carattere non tassativo (così F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile*, cit., p. 65 in relazione all'omologa norma della Convenzione di Roma).

<sup>103</sup> Cfr. U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit. p. 212.

<sup>104</sup> In merito cfr. le osservazioni critiche di L. FORLATI PICCHIO, *Lavoro nel diritto internazionale*, cit. p. 353.

<sup>105</sup> In tal senso U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit., p. 217; conformemente B. DE MOZZI, *Il lavoro con profili di internazionalità*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, *Diritto del lavoro. Commentario diretto da F. Carinci*, vol. II, UTET, Torino, 2007, p. 2105 con riferimento ai commi 2 e 3 dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori.

<sup>106</sup> Così F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile*, cit. p.57 che richiama l'esempio portato nella Relazione Giuliano- Lagarde.

<sup>107</sup> Analogamente, B. DE MOZZI, *Il lavoro con profili*, cit. p. 2106.

che in materia di lavoro comprende quella relativa ai contratti formativi<sup>108</sup>. Lo stabilisce l'art. 20 della legge n. 218/95, cui è necessario far riferimento dal momento che il Regolamento non si applica alla materia in questione (art. 1, par. 2, lett. a))<sup>109</sup>.

### 8. Le eccezioni alle norme di conflitto: norme di applicazione necessaria e ordine pubblico

Il funzionamento delle norme di conflitto trova un limite nelle norme di applicazione necessaria che l'art. 9 del Regolamento identifica in quelle *“disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale ed economica”*. La particolare forza precettiva di tali norme le rende applicabili sempre e comunque, qualunque sia la legge regolatrice del rapporto. Si tratta in primo luogo di norme della legge del foro (art. 9, par. 2), ma il giudice può dare effetto anche a norme di un altro paese nel quale il contratto abbia trovato esecuzione (*lex loci executionis*), se queste rendono le prestazioni illecite (art. 9, par. 3)<sup>110</sup>. Con quest'ultima disposizione si è significativamente ridotta la possibilità di dare efficacia a norme di applicazione necessaria di un ordinamento diverso da quello della *lex fori*, visto che la Convenzione di Roma richiamava le norme di qualsiasi paese con il quale la situazione avesse presentato *“uno stretto legame”* (art. 7, par. 1)<sup>111</sup>.

Le norme di applicazione necessaria operano *a priori* e *“positivamente”*, in ciò distinguendosi dal limite dell'ordine pubblico, altra deroga di carattere generale alle norme di conflitto che il Regolamento (art. 21) riprende alla lettera dalla Convenzione di Roma (art. 16). Quello dell'ordine pubblico è un limite posto a difesa dei valori fondamentali dell'ordinamento nazionale, che impedisce vi trovino accoglienza norme di paesi stranieri che li contraddicono *“manifestamente”*<sup>112</sup>, ma che nulla dice in merito alla legge da applicare in loro vece; un limite di carattere *“negativo”* e che opera *a posteriori*, ovvero a seguito di una valutazione comparativa tra il contenuto della legge applicabile ed i principi tutelati dalla legge del foro<sup>113</sup>.

I confini tra le due nozioni (norme di applicazione necessarie e di ordine pubblico) sembrano sfumare se si considera l'uso indistinto che di esse viene fatto nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di mercato interno<sup>114</sup>. Resta comunque l'opportunità di distinguere

<sup>108</sup> Cfr. L. FORLATI PICCHIO, *Lavoro nel diritto internazionale*, cit., p. 340, con riferimento all'apprendistato, cui può aggiungersi il contratto di inserimento.

<sup>109</sup> La libertà di determinare la legge applicabile in materia di capacità è però limitata da quanto dispone l'art. 13 del Regolamento (ex art. 11 della Convenzione di Roma), posto a tutela della buona fede del contraente incolpevolmente ignaro dell'incapacità della controparte, risultante da una legge diversa rispetto a quella del paese nel quale entrambe le parti si trovano.

<sup>110</sup> Evidente è l'eco della dottrina britannica, recepita nel celebre caso *Ralli Brothers* (Court of Appeal, 26 marzo 1920, *Ralli B. v Compagnia Neviera Sota y Aznar* (1920) 1 K.B. 287), richiamato da A. BONOMI, *Norme di applicazione necessaria nel Regolamento Roma I*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria*, cit., p. 185.

<sup>111</sup> Sul punto, criticamente, cfr. N. BOSCHIERO, *I limiti al principio d'autonomia posti dalle norme generali del Regolamento Roma I*, in Id. (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria*, cit., p. 138 e P. FRANZINA, *Questioni relative al distacco*, cit., p. 116 che evidenzia in particolare le conseguenti difficoltà di coordinamento con la Direttiva 96/71 (*infra* parte II, par. 1).

<sup>112</sup> L'avverbio *“manifestamente”* non è presente nell'art. 16 legge n. 218/95, a norma del quale *“La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico”*.

<sup>113</sup> Per tutti, tra gli ultimi, cfr. F. MOSCONI, *La difesa dell'armonia interna dell'ordinamento del foro, tra legge italiana, convenzioni internazionali e regolamenti comunitari*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2007, p. 5 ss.

<sup>114</sup> Ciò è confermato dal fatto che la nozione stessa di norme di applicazione necessaria adottata nell'art. 9 del Regolamento riproduce la definizione di *“ordine pubblico”* come deroga alle regole del mercato interno, adottata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Arblade* (Corte giust. CE, 23 novembre 1996, C-369/96 e C-376/96). Per effetto del processo di comunitarizzazione del diritto internazionale

concettualmente un limite positivo da uno negativo al funzionamento delle norme di conflitto, dal momento che l'assenza di una norma di applicazione necessaria in un ordinamento nazionale non esclude che una disposizione di legge straniera possa contrastare con i principi fondamentali dello stesso.

Le norme di applicazione necessaria si distinguono anche dalle norme inderogabili di cui all'art. 8, par. 1. Tutte le norme di applicazione necessaria sono inderogabili, ma non è vero il contrario visto che non tutte le norme inderogabili sono poste a difesa dell'organizzazione politica, sociale ed economica di un ordinamento. C'è una sostanziale differenza quali-quantitativa<sup>115</sup> tra i due tipi di disposizioni, sottolineata nel considerando 37 del Regolamento<sup>116</sup> e ben evidenziata dalla Commissione nel Libro Verde del 2002 con un esempio tratto dalla giurisprudenza francese: la disposizione di diritto interno che rende nullo il patto con il quale si rinuncia all'indennità di licenziamento o al preavviso è certamente inderogabile ("*imperativa*", secondo la definizione della Convenzione di Roma), quindi prevalente su quella eventualmente scelta dalle parti, ma non da applicare necessariamente in sostituzione della legge straniera regolatrice del contratto in base alle norme di conflitto<sup>117</sup>. Al contrario delle disposizioni inderogabili di cui art. 8, par.1, le norme di applicazione necessaria (al pari di quelle riconducibili all'ordine pubblico) hanno poi natura neutra e non rispondono ad una *ratio* di tutela della parte debole del rapporto; ragion per cui, almeno in teoria, possono tradursi anche in un trattamento di minor favore per il lavoratore<sup>118</sup>.

L'individuazione delle norme di applicazione necessaria spetta al giudice investito della causa, chiamato ad operare una valutazione che tenga conto della funzione svolta dalla norma nel proprio sistema giuridico (o in quello del luogo di esecuzione ex art. 9, par. 3). Lo stesso vale per l'identificazione dell'ordine pubblico quale limite estremo di applicabilità delle norme di conflitto. In primo luogo devono considerarsi i diritti ed i principi di rilievo costituzionale e le disposizioni di legge che ne sono attuazione. Il giudice non può poi non tener conto di quell'insieme di precetti e vincoli posti dall'ordinamento dell'UE dei quali consta l'ordine pubblico europeo, parte integrante di quello nazionale<sup>119</sup>. Nel giudizio teso a identificare le norme di applicazione necessaria e le disposizioni di ordine pubblico entrano così in gioco la Carta dei diritti fondamentali dell'UE,

---

privato, le due nozioni tendono a sovrapporsi non solo sul piano del contenuto ma anche sul piano della loro funzione (di limite positivo e negativo, appunto): ne emerge da una parte una marginalizzazione del limite dell'ordine pubblico nella sua tradizionale accezione, dall'altra la tendenza ad utilizzare tale nozione come sinonimo di norma di applicazione necessaria (in merito cfr. N. BOSCHIERO, *I limiti al principio*, cit., p. 130 ss.). Sulle relazioni tra le due nozioni cfr. anche, diffusamente, A. BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Schulthess Polygraphischer Verlag Zurigo, Zurigo, 1998, spec. p.195 ss.

<sup>115</sup> Così M. MAGNANI, *I rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *Dir. lav.*, 2004, p. 407: cfr. anche M.V. POLAK, "*Laborum Dulce Lenimen*", cit., p.336 che distingue tra "*mandatory*" e "*super mandatory rules*".

<sup>116</sup> Nel considerando 37 si chiarisce che "*il concetto di 'norme di applicazione necessaria' dovrebbe essere distinto dall'espressione 'disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente' e dovrebbe essere inteso in maniera restrittiva*".

<sup>117</sup> Cfr. COMMISSIONE CE, *Libro Verde sulla trasformazione*, cit., p. 36.

<sup>118</sup> Per tutti, cfr. F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge*, cit. p. 54. Si pensi all'ipotesi in cui l'ordine pubblico del foro (o la necessaria applicazione della sua legislazione) impedisca l'applicazione di una normativa straniera che, come quella italiana, garantisce la tutela reale in caso di licenziamento illegittimo.

<sup>119</sup> Come già si legge nella Relazione Giuliano-Lagarde, cit., p. 41 "*è evidente che questa espressione include l'ordine pubblico comunitario divenuto parte integrante dell'ordine pubblico degli Stati membri*". Riguardo alla giurisprudenza italiana in merito cfr. *infra* paragrafo 8.1.

che integra e rafforza il quadro dei valori comuni agli Stati membri<sup>120</sup>, e le direttive di armonizzazione, che dettano gli standard di tutela valevoli su tutto il territorio dell'UE<sup>121</sup>. Un riferimento ineludibile per il contratto di lavoro è rappresentato anche dalle norme che fissano standard minimi di tutela nelle materie elencate dall'articolo 3, par. 1 della Direttiva 96/71/CE sul distacco transnazionale, espressamente definite "norme di applicazione necessaria" dallo stesso Regolamento Roma I (considerando 34) (*infra* parte II, par. 2).

Il processo di "contaminazione" tra diritto nazionale ed europeo che interessa le nozioni in esame rappresenta forse l'effetto più significativo della comunitarizzazione del diritto internazionale privato, la cui portata non è ancora pienamente percepibile. Certo è che grazie ad esso il potere discrezionale delle autorità giurisdizionali nazionali (cui tradizionalmente è spettato il giudizio sui limiti alle norme di conflitto) è destinato ad affievolirsi<sup>122</sup>. Ciò è l'inevitabile conseguenza dell'essere la nozione stessa di norma di applicazione necessaria definita in una fonte che spetta alla Corte di giustizia interpretare<sup>123</sup>. Ed il Regolamento suggerisce di adottare un'interpretazione restrittiva, ancorando la nozione in parola a "considerazioni di pubblico interesse" invocabili solo "in circostanze eccezionali" (così il considerando 37); il che quanto meno implica un onere di motivazione circa le ragioni che inducono l'autorità giudiziaria ad attribuire ad una norma imperativa di diritto interno valore di limite al funzionamento delle norme di conflitto.

Sull'evoluzione della materia influisce in maniera significativa la giurisprudenza relativa al mercato unico, che ha messo in luce come nella nozione di ordine pubblico europeo rientrino in primo luogo le disposizioni che tutelano le libertà economiche fondamentali<sup>124</sup>. Quando l'applicazione delle norme lavoristiche di diritto interno incide sull'esercizio di tali libertà, il giudizio in merito alla loro natura sotto il profilo internazional-privatistico ne risulta necessariamente condizionato (*infra*, parte II, par.1).

### 8.1. segue: la giurisprudenza italiana sull'ordine pubblico

Il limite dell'ordine pubblico è stato sino a tempi recentissimi l'oggetto pressoché esclusivo della giurisprudenza italiana in materia di legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità. Si è già detto come ciò si spieghi con il fatto che essa si è sviluppata in vigenza delle disposizioni preliminari del c.c. deputate all'individuazione della legge regolatrice del contratto (*supra*, par. 1). Unico argine all'autonomia individuale era posto dalla possibilità di eccepire la contrarietà con l'ordine pubblico del foro della legge straniera richiamata (art. 31, disp. prel.); da ciò la centralità che la nozione ha acquisito nell'ambito del contratto di lavoro.

A lungo è prevalsa una lettura estensiva dell'ordine pubblico che ha portato ad identificarlo con l'insieme delle norme inderogabili poste a tutela del lavoratore nell'ordinamento nazionale. A tale

<sup>120</sup> In merito, tra gli altri, cfr. P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti*, cit., p. 483.

<sup>121</sup> Sul ruolo giocato dalle fonti comunitarie nella (ri-)definizione del concetto di ordine pubblico e di norma imperativa nel diritto del lavoro cfr. S. SCIARRA, *Norme imperative nazionali*, cit. p. 39 ss.

<sup>122</sup> In merito, con accenti critici, cfr. P. VENTURI, *Commento all'art.8*, p. 785 ss. e B. DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell'appalto*, cit., p. 39.

<sup>123</sup> Come osserva A. BONOMI, *Norme di applicazione necessaria*, cit., p. 179 la definizione adottata con il Regolamento ha "l'effetto di introdurre un nuovo e distinto livello di controllo, anteriore rispetto a quello della compatibilità delle norme imperative interne con i principi del diritto comunitario", che già spettava alla Corte di giustizia.

<sup>124</sup> Sull' "ordine pubblico economico" dell'UE, da ultimo, cfr. N. BOSCHIERO, *I limiti al principio d'autonomia*, cit., p. 132 ss.

conclusione la giurisprudenza di legittimità è giunta riconducendo alla nozione in parola il principio del *favor laboris*, in ragione del fatto che esso informerebbe l'intera legislazione in materia di lavoro<sup>125</sup>. In tal modo si è conseguito l'effetto di sottrarre il contratto di lavoro al sistema delle norme di conflitto, precludendo l'accesso nell'ordinamento italiano a qualsiasi disposizione straniera meno favorevole al lavoratore rispetto a quella interna.

Una simile impostazione ha subito una radicale revisione nella giurisprudenza più recente. Momento di svolta nell'approccio del Supremo Collegio è rappresentato dalla sentenza n. 14662 del 2000 con la quale viene espressamente espunto il principio del *favor* dalla nozione di ordine pubblico, in quanto riflesso di una concezione statalista non più compatibile con “*la posizione dell'ordinamento interno nell'ambito di quello internazionale*”<sup>126</sup>. La nozione di “ordine pubblico internazionale” viene contrapposta a quella di “ordine pubblico interno”, solo il primo potendo impedire l'applicazione di una legge straniera<sup>127</sup>. La Corte, nel rifiutare il principio del *favor*, ha finito così per restringere oltre modo il contenuto dell'ordine pubblico, identificandolo in quei soli principi propri dell'ordinamento interno che, trovando fondamento nelle fonti sovra-nazionali ed europee, sono condivisi dalla comunità internazionale<sup>128</sup>.

Più correttamente, la giurisprudenza successiva, pur ribadendo la distinzione tra ordine pubblico interno ed internazionale, identifica il primo nell'insieme delle norme imperative (*rectius* inderogabili) dell'ordinamento nazionale ed il secondo nei suoi principi fondamentali, deducibili anche (ma non esclusivamente) dalle fonti internazionali che contribuiscono a determinare lo *jus gentium*. Quest'orientamento tende a consolidarsi nella giurisprudenza sviluppatasi su controversie sorte dopo l'entrata in vigore della Convenzione di Roma: nelle sentenze ad essa riconducibili le fonti sovranazionali sono richiamate per integrare e rafforzare l'argomento teso a dimostrare che un determinato principio è parte dell'ordine pubblico, del quale si conferma comunque un'interpretazione restrittiva.

Nell'ambito di tale giurisprudenza i giudici di legittimità hanno riconosciuto che la tutela della stabilità del lavoro rientra tra i principi di ordine pubblico dell'ordinamento italiano, non potendo

<sup>125</sup> Si deve alla sentenza Cass., 6 settembre 1980, n. 5156, in *Mass. giur. lav.*, 1980, p. 726 ss. la prima enunciazione del principio, teorizzato da F. POCAR, *Norme di applicazione necessaria e conflitti di leggi in tema di rapporti di lavoro*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1967, p. 734 ss.; nella dottrina lavoristica cfr. F. BASENGHI, *Il trasferimento del lavoratore all'estero*, Cedam, Padova, 1988, p. 37, che lo giustifica anche alla luce dell'art. 6 della Convenzione di Roma.

<sup>126</sup> Cass., 11 novembre 2000, n. 14662, in *Mass. giur. lav.*, 2001, p. 365 ss. nella quale il mancato riconoscimento del trattamento di fine rapporto non è stato ritenuto in contrasto con l'ordine pubblico.

<sup>127</sup> In dottrina la distinzione tra ordine pubblico interno e internazionale risale a G. SPERDUTI, *Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno*, in *Riv. dir. int.*, 1954, p. 83 ss.; in merito cfr. anche R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, Liguori, 1969, p. 361 ss.; G. BARILE, voce *Ordine pubblico (dir. internaz. privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Giuffrè, Milano, 1980, p. 1115 ss.; P. MENGOZZI, *I limiti al funzionamento del diritto internazionale privato*, in *Trattato di dir. priv. diretto da P. Rescigno*, UTET, Torino, 1983, p. 339 ss.

<sup>128</sup> Adesivamente, in dottrina, cfr. F. GHERA, *Costituzione, ordine pubblico internazionale e legge regolatrice del rapporto di lavoro all'estero*, in *Mass. giur. lav.*, 2001, p. 368 ss. che deduce da ciò la possibilità di graduare diversamente il limite in questione a seconda che il rapporto si svolga all'estero o sul territorio italiano, rilevando solo in questo caso anche l'ordine pubblico interno (in termini analoghi, cfr. G. FRANZA, *Lavoro all'estero e “nuovo” ordine pubblico internazionale*, *ivi*, 2005 p. 461 ss.). La tesi della graduabilità della nozione di ordine pubblico è esclusa dalla prevalente dottrina internazional-privatistica (tra gli altri, cfr. F. MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale*, UTET, Torino, 2002, p. 170); a ben vedere, anche la giurisprudenza lavoristica che sembra aderire alla tesi della “graduazione”, si limita ad adeguare al caso concreto il principio di adeguatezza della retribuzione posto come limite di ordine pubblico internazionale (cfr. *infra* note 136-139).

di conseguenza trovare applicazione in Italia una legge che (come quella dello Stato di New York) si fondi sull'opposto principio dell'*employment at will*<sup>129</sup>. A questa conclusione si giunge non solo alla luce dei generali principi dell'ordinamento interno che ispirano la legislazione e che trovano fondamento ultimo nell'art. 4 Cost.; ma anche considerando quelli che informano l'ordinamento dell'UE, il riflesso dei quali si coglie nell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali che riconosce il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato. La tutela della stabilità non implica però necessariamente il diritto del lavoratore alla reintegra, prodotto di una scelta discrezionale del legislatore<sup>130</sup>; ne consegue la possibilità di applicare nell'ordinamento italiano una normativa che si limiti a garantire al lavoratore una tutela risarcitoria, anche in ipotesi rientranti nell'ambito di applicazione dell'art.18 dello Statuto dei lavoratori<sup>131</sup>.

In base alla stessa logica argomentativa, è da considerarsi compatibile con l'ordine pubblico una normativa che subordini il licenziamento ad un periodo di comporto in caso di malattia meno favorevole rispetto a quello assicurato dalla disciplina italiana<sup>132</sup>.

L'abrogazione del divieto generale di interposizione nei rapporti di lavoro previsto dalla legge n. 1369/60, induce i giudici di legittimità a considerare applicabile nell'ordinamento italiano anche una legge straniera che ammette l'appalto di manodopera<sup>133</sup>. La Corte di Cassazione, ragionando alla luce dell'evoluzione normativa, sembra tuttavia far salvo come limite di ordine pubblico il divieto posto alla somministrazione attuata con finalità elusive di norme inderogabili (sanzionata penalmente dall'art. 28, d.lgs. n. 276/2003), almeno nella misura in cui le norme eluse siano esse stesse riconducibili all'ordine pubblico<sup>134</sup>.

Anche il principio di proporzionalità e sufficienza della retribuzione di cui all'art. 36 Cost. viene ricondotto all'ordine pubblico del foro. La sua applicazione in concreto ai rapporti di lavoro internazionali comporta però una valutazione complessiva degli emolumenti spettanti al lavoratore e non si traduce nel diritto a vedersi riconosciute specifiche voci retributive, anche se rientranti,

<sup>129</sup> Cass., 11 novembre 2002, n. 15822, in *Mass. giur. lav.*, 2003, p. 357 ss. con nota di C. OGRISEG, *Recesso libero e limite dell'ordine pubblico* (sulla stessa sentenza cfr. anche i commenti di P. M. DEL VECCHIO, *La legge regolatrice del rapporto di lavoro all'estero e il limite dell'ordine pubblico internazionale*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1117 ss.; R. CLERICI, *Rapporti di lavoro, ordine pubblico e Convenzione di Roma*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2003, p. 817 ss. e C. FOSSATI, *La stabilità del rapporto di lavoro, ma non la regola della reintegrazione automatica, costituisce espressione dell'ordine pubblico internazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 663 ss.); la controversia ha originato un ulteriore rinvio in sede di legittimità, deciso con sentenza conforme alla prima (Cass., 9 maggio 2007, n. 10549, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 335 ss. con nota di C. TIMELLINI, *È principio di ordine pubblico il divieto di licenziamento ingiustificato non il regime di stabilità reale*).

<sup>130</sup> In dottrina, in questo senso, cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 77.

<sup>131</sup> Nella giurisprudenza di merito non mancano interpretazioni più ampie della nozione di ordine pubblico, che includono la c.d. tutela reale: cfr. Pretura di Milano, 5 gennaio 1995, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 503 ss. nella quale l'art. 18 St. lav. è considerato norma di ordine pubblico internazionale; Tribunale di Ravenna, 20 dicembre 2006, in *Dir. marit.*, 2008, p. 1435 ss. che mantiene fedeltà alla teoria del *favor*.

<sup>132</sup> Cass., 19 settembre 2007, n. 16017, in *Riv. critica dir. lav.*, 2007, p. 1209 e, implicitamente, Cass., 4 maggio 2007, n. 10215, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 5 relativa ad un licenziamento per prolungata assenza dal lavoro.

<sup>133</sup> Cass., 7 dicembre 2005, n. 26979 e Cass., 23 febbraio 2006, n. 4040, entrambe in *Mass. giur. lav.*, 2006, p. 932 ss. con nota di A. PILEGGI, *Riforma del mercato del lavoro, appalto di manodopera e ordine pubblico internazionale*, relative ancora alla legislazione dello Stato di New York. La sentenza 26979/2005 è stata successivamente revocata (Cass., 26 maggio 2008, n. 13547, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2009, p. 409) in quanto viziata da errore di fatto, non essendo applicabile la Convenzione di Roma al rapporto oggetto della controversia, sorto prima della sua entrata in vigore; i giudici di legittimità giungono comunque alla conclusione di escludere la contrarietà all'ordine pubblico della normativa newyorkese sulla base dell'art. 31 disp. prel. c. c.

<sup>134</sup> Cass., 7 dicembre 2005, n. 2679, ult. cit., p. 936.

secondo la nota giurisprudenza interna, nella retribuzione “sufficiente” (come la tredicesima), né nel diritto a godere di istituti previsti da norme imperative (come il TFR)<sup>135</sup>. La valutazione in merito al rispetto dei parametri costituzionali di adeguatezza è rimessa al giudice competente, che non è tenuto ad attenersi rigidamente ai minimi fissati dalla contrattazione collettiva nazionale<sup>136</sup>. In tale valutazione può assumere rilievo anche il diverso costo della vita del paese nel quale (eventualmente) il lavoratore svolge abitualmente la sua attività<sup>137</sup>. Ciò, se da una parte può portare a considerare inadeguata una retribuzione rispettosa degli standard contrattuali italiani<sup>138</sup>, dall'altra permette di derogare *in peius* a tali standard in caso di lavoratori stranieri residenti in paesi economicamente meno sviluppati del nostro<sup>139</sup>.

In vigenza dell'art. 31 disp. prel. c.c., il problema della legge da applicare al posto di quella straniera contraria all'ordine pubblico veniva risolto con l'automatica applicazione della legge del foro<sup>140</sup>. Il Regolamento (al pari della Convenzione di Roma) tace sulla questione; se ne può implicitamente ricavare il necessario ricorso ai criteri indicati dall'art. 8<sup>141</sup>. Una simile soluzione non è contraddetta dall'art. 16, legge n. 218/95 che prevede il ricorso ad altri criteri di collegamento, se esistenti, ed in loro assenza alla legge italiana. Dal nuovo quadro normativo si deduce che il criterio della *lex fori* debba essere utilizzato come *extrema ratio*<sup>142</sup>. Il ricorso a quest'ultima è comunque probabile, visto che ad essa possono condurre anche i residui criteri di collegamento: con il risultato di ottenere il medesimo effetto che si sarebbe conseguito considerando la *lex fori* di applicazione necessaria<sup>143</sup>.

<sup>135</sup> Cass., 26 novembre 2004, n. 22332, in *Mass. giur. lav.*, 2005, p. 457 con nota di G. FRANZA, *La Suprema Corte torna a pronunciarsi sul concetto di ordine pubblico quale limite per l'applicazione della legge straniera*, conforme alla precedente Cass. 11 novembre 2000, n. 14662, cit.; nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. Milano 26 maggio 1989, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, II, p. 33 ss. con nota di W. BURRAGATO, *Sul contratto di lavoro tra italiani all'estero*.

<sup>136</sup> Cass., 24 novembre 1993, n. 11580, in *Dir. maritt.*, 1995, p. 168 ss. con nota di C. MEDINA, *Osservazioni in merito al limite dell'ordine pubblico internazionale in materia di diritto del lavoro e di obbligazioni di garanzia del raccomandatario di armatore straniero per l'arruolamento di marinai italiani*; Cass. 12 settembre 1995, n. 9638, in *Riv. giur. lav.*, 1996, II, p. 201 ss., con nota di L. MENGHINI, *Tutela dei marittimi*, cit., p. 212 ss.

<sup>137</sup> Cfr. in particolare Cass., 11 novembre 2000, n. 14662, cit., p. 367 laddove si richiama l'importanza dell' “ambiente sociale” nel quale il rapporto ha esecuzione.

<sup>138</sup> In tal senso cfr. G. PERONE- M. T. SPADAFORA, *Lavoro all'estero*, cit., p. 417

<sup>139</sup> Cfr. Tribunale Venezia, 25 agosto 2001, in *Dir. maritt.*, 2003, p. 1375 in relazione al diritto all'equa retribuzione da riconoscere a dei marinai egiziani imbarcati su una nave straniera, da parametrare al costo della vita nel loro paese di residenza.

<sup>140</sup> Cass. Sez. Un., 7 luglio 1993, n. 7447, in *Corriere giur.*, 1993, p. 1414.

<sup>141</sup> In tal senso cfr. Cass., 11 novembre 2002, n. 15822, cit. che però sorprendentemente richiama l'art. 4 e non l'art. 6 della Convenzione di Roma; in termini difformi Cass., 7 dicembre 2005, n. 26976, cit., che conferma l'automatico ricorso alla legge italiana.

<sup>142</sup> Cfr. U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit., p. 199; G. PERONE- M. T. SPADAFORA, *Lavoro all'estero*, cit., p. 409; G. FRANZA, *Lavoro all'estero*, cit., p. 469; C. OGRISEG, *Recesso libero*, cit., p. 366.

<sup>143</sup> È quanto accaduto nel caso oggetto della sentenza Cass., 11 novembre 2002, n. 15822, cit.: la non contrarietà all'ordine pubblico di una normativa che esclude la tutela reale in caso di licenziamento illegittimo non ha impedito di ritenere comunque applicabile al caso di specie l'art. 18 St. lav. in ragione del ricorso alla *lex fori*. Da ciò le osservazioni critiche di C. OGRISEG, *Recesso libero*, cit., p. 366; M. DI FILIPPO, *Convenzione di Roma 19 giugno 1980. Art.6*, in M. GRANDI- G. PERA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2009, p. 987; G. PERONE- M. T. SPADAFORA, *Lavoro all'estero*, cit., p. 471 ss. Questi ultimi suggeriscono di considerare la legge n. 604/66 come norma di applicazione necessaria sostitutiva dell'art. 18 St. lav. nei rapporti di lavoro regolati da leggi straniere; soluzione opinabile perché implica una riscrittura dell'ambito di applicazione della legge in questione, ma che ha il pregio di richiamare ad una maggior considerazione delle norme di applicazione necessaria, ignorate dai giudici italiani per inerzia rispetto alla giurisprudenza sviluppatasi in vigenza della disciplina delle preleggi.

## 9. Il contratto collettivo nel sistema delle norme di conflitto

L'art. 8 del Regolamento non contiene alcun riferimento ai contratti collettivi come “fonte” di regolazione dei rapporti di lavoro, confermando con ciò uno strabismo individualista già caratterizzante l'omologo disposto della Convenzione di Roma<sup>144</sup>. Questo silenzio del legislatore europeo non esclude di per sé il contratto collettivo dal gioco delle norme di conflitto, ma impone piuttosto di chiarire in via interpretativa in che modo la sua efficacia sia da queste condizionata.

La giurisprudenza italiana si è occupata del problema in relazione alla questione della c.d. extraterritorialità del contratto collettivo, ovvero dell'efficacia di questo al di fuori dei confini nazionali. Opposti orientamenti della Cassazione<sup>145</sup> sembrano essersi ricomposti nelle sentenze più recenti, tese a superare la questione impostandola sul piano dell'interpretazione delle singole clausole contrattuali: non si tratta di stabilire la loro astratta vincolatività nei rapporti di lavoro svolti all'estero, quanto piuttosto di valutarne l'applicabilità in concreto allo specifico contesto di lavoro, in assenza di esplicite previsione dello stesso contratto<sup>146</sup>. In tal modo la giurisprudenza pare avere recepito i suggerimenti della dottrina, prevalentemente orientata a negare che sussistano ostacoli deducibili dai principi dell'ordinamento civile ad ammettere l'applicazione all'estero del contratto collettivo<sup>147</sup>.

Chiarito che il problema dell'extraterritorialità del contratto collettivo è di carattere meramente interpretativo<sup>148</sup>, resta da affrontare in termini generali la questione del suo ruolo nel sistema di diritto internazionale privato<sup>149</sup>. Questione che dà origine a problematiche diverse a seconda dell'efficacia e della natura riconosciuta alla fonte convenzionale nei singoli ordinamenti nazionali.

<sup>144</sup> Di “ottica individualistica” parlano A. LYON CAEN- S. SCIARRA, *La Convenzione di Roma*, cit., p. 18.

<sup>145</sup> Il contrasto è ben esemplificato dalle quasi coeve Cass., 6 settembre 1988, n. 5058 e Cass., 25 febbraio 1988, n. 2033 in *Riv. giur. lav.* 1988, II, p. 282 ss., con nota di F. BALLESTRIERI, *Alcune osservazioni in tema di lavoro italiano all'estero*.

<sup>146</sup> Cass., 15 luglio 1994, n. 6652, in *Notiz. giur. lav.*, 1994, p. 577 ss., per la quale “il criterio per accertare [...] l'extraterritorialità del contratto [...] è costituito dall'interpretazione secondo buona fede: con ciò intendendo la valutazione della funzionalità causale del contratto in relazione alla particolare situazione che si presenta” (in senso conforme, tra le altre, cfr. Cass., 11 settembre 2006, n. 19424, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, p. 297 ss.).

<sup>147</sup> Cfr. P. MAGNO, *Il lavoro all'estero*, Cedam, Padova, 1990, p. 337 e F. BASENGHI, *Il trasferimento del lavoratore*, cit., p. 56 che fanno leva sulla causa e sulla funzione di tutela del contratto, non intaccata dal luogo di svolgimento del rapporto né dalle diverse condizioni socio-economiche; analogamente cfr. G. FERRARO, *Il contratto collettivo all'estero*, in *Id., Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1992, spec. p. 130 ss.; G. MANNACCIO, *L'applicazione del contratto collettivo nel lavoro all'estero*, in *Dir. prat. lav.*, 1989, p. 2919 ss.; M. MAGNANI, *Il diritto applicabile*, cit., p. 80. Propendono invece per il carattere necessariamente territoriale del contratto collettivo G. PROIA, *Commento all'art.2*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, p. 798 e M. OFFEDDU- D. GOTTARDI, voce *Lavoratori italiani all'estero I) diritto del lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 2.

<sup>148</sup> Un “falso problema”, secondo la definizione di M. MAGNANI, *I rapporti di lavoro*, cit., p. 409.

<sup>149</sup> Non è possibile affrontare in questa sede il tema degli accordi collettivi transnazionali, la cui diffusione ha un evidente rilievo per le questioni in oggetto e che, a loro volta, sollevano complessi problemi di diritto internazionale privato (in merito cfr. E. ALES, *La contrattazione collettiva transnazionale tra passato, presente e futuro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2007, p. 541 ss. e A. LO FARO, *La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?*, *ivi*, p. 551 ss.; da ultimo, cfr. S. SCARPONI, *Gli accordi transnazionali a livello di impresa: uno strumento per contrastare il social dumping?* in *Lav. dir.*, 2011, p. 119 ss. e, con particolare attenzione alla prassi più recente, S. SCIARRA, *Uno sguardo oltre la Fiat: aspetti nazionali e transnazionali nella contrattazione collettiva della crisi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, p. 169 ss.).

Nei sistemi che conoscono l'*erga omnes* il rilievo dei contratti collettivi come fonte di regolazione del contratto individuale deriva dalla stessa legge, se applicabile in virtù dei criteri di collegamento<sup>150</sup>. Il discorso cambia in ordinamenti nei quali il contratto collettivo ha natura di diritto comune e non è universalmente applicabile, come in Italia. Qui, in linea di principio, il problema dell'eventuale applicazione del contratto collettivo si dovrebbe porre solo nel caso in cui ad esso sia vincolato (per lo meno) il datore, o perché iscritto all'organizzazione firmataria o perché obbligatosi tacitamente o per via di prassi.

Se il datore aderente al contratto è stabilito in Italia e la legge applicabile al rapporto è quella italiana, *nulla quaestio*: il contratto collettivo ha piena efficacia in caso di contratto di lavoro che trovi (in tutto o in parte) esecuzione fuori dai confini nazionali, salvo appunto la necessità di valutare la compatibilità e la congruità delle singole clausole contrattuali con il particolare contesto di lavoro, sulla scia dei principi giurisprudenziali sopra richiamati. Di contro, se il datore è stabilito all'estero il problema dell'efficacia del contratto collettivo vigente in Italia di norma non dovrebbe porsi, neppure nel caso in cui il rapporto sia regolato dalla legge italiana<sup>151</sup>.

Il quadro si complica se si considera che al contratto collettivo fa frequentemente rinvio la legge, con funzione integrativa, talvolta in deroga dei suoi stessi precetti. Si tratta di capire se il rinvio implichi l'attrazione del contratto collettivo tra le "*disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente*", al fine di giustificarne l'applicazione anche al datore straniero, o a quello nazionale in ipotesi non aderente al contratto collettivo. Il problema andrebbe analizzato specificando le diverse tipologie di rinvio e le (possibili) configurazioni che ne conseguono in relazione al problema dell'efficacia dei contratti collettivi. In termini generali basti qui osservare come l'applicazione della legge di rinvio al caso di specie in forza delle norme di conflitto non dovrebbe comportare necessariamente l'obbligo per il datore di rispettare il contratto collettivo, dal momento che il rinvio *ex lege* ad esso presuppone la sua volontaria accettazione; salve le ipotesi nelle quali al contratto collettivo sia affidata una funzione di mera specificazione e qualificazione di un precetto di legge in sé già vincolante<sup>152</sup>.

Il discorso diventa ancor più complesso nel caso in cui al contratto di lavoro stipulato da un datore aderente al contratto collettivo si applichi la legge di un paese straniero. Se questa è stata scelta dalle parti, la fonte negoziale può essere ricondotta tra le norme non derogabili convenzionalmente di cui all'art. 8, par. 2 del Regolamento, in ragione dell'art. 2113 c.c. (a sua volta imperativamente applicabile) che così la qualifica<sup>153</sup>. Ma se i criteri di collegamento sussidiari portano ad

<sup>150</sup> Così, U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit. p. 154.

<sup>151</sup> Salvo l'ipotesi di un'impresa straniera iscritta ad un'organizzazione datoriale italiana (il che può accadere nel caso di una multinazionale con filiali in Italia). Se poi il datore straniero sceglie di rispettare il contratto nazionale vigente in Italia o di stipulare un apposito accordo collettivo con i sindacati italiani (a ciò indotto magari dall'azione sindacale) ne sarà ovviamente vincolato per sua espressa volontà. Questioni ulteriori e specifiche pone la disciplina del distacco transnazionale, regolata dal d.lgs. n. 72/00 di recepimento della Direttiva 96/71/CE, sulla quale cfr. *infra* parte II, par. 3.1.

<sup>152</sup> Così M. MAGNANI, *I rapporti di lavoro*, cit. p. 410; resta il problema dell'identificazione di simili tipologie di rinvio, in merito alle quali, come noto, le opinioni della dottrina sono tutt'altro che concordanti.

<sup>153</sup> Cfr. ancora M. MAGNANI, *Il diritto applicabile*, cit. p. 85 con riferimento alle "norme imperative" di cui all'art. 6 della Convenzione di Roma (analogamente C. PONARI, *Il rapporto tra legge e contratto collettivo nella disciplina del lavoro all'estero*, in *Dir. lav.*, 1998, p. 114); diversa pare l'opinione di U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, p. 154, che richiama esclusivamente i contratti collettivi dotati di efficacia *erga omnes*.

applicare una legge straniera, è difficile sostenere che il contratto collettivo, cui il datore è in ipotesi vincolato per l'ordinamento italiano, possa trovare attuazione, pena lo sganciare completamente i contratti collettivi stessi dal sistema di diritto internazionale privato. Naturalmente ciò non esclude che il datore possa impegnarsi espressamente a rispettare il contratto collettivo o una sua parte indipendentemente dalla legge applicabile, recependone il contenuto nel contratto individuale che troverà attuazione in forza della legge straniera<sup>154</sup>.

Resta infine da risolvere il dubbio circa la riconducibilità del contratto collettivo tra le norme di applicazione necessaria, al fine di giustificarne l'applicazione indipendentemente dalla legge applicabile. In un sistema privo di *erga omnes* una risposta affermativa sembra configurare una contraddizione in termini, visto che non può ritenersi di necessaria applicazione una disposizione dalla quale l'ordinamento interno ammette ci si possa sottrarre. Possono però anche in questo caso essere fatte salve (almeno in astratto) quelle clausole di contratto collettivo che integrano, con funzione "qualificatoria", disposizioni di legge di applicazione necessaria<sup>155</sup>.

## Parte II: Il distacco transnazionale

### 1. La disciplina del distacco transnazionale, tra sistema di diritto internazionale privato e regole del mercato unico

Sul problematico rapporto tra norme di conflitto e norme materiali dell'UE sul mercato interno s'interroga da tempo la dottrina internazional-privatistica<sup>156</sup>. Si è già visto che le seconde possono leggersi come espressione dell'ordine pubblico europeo e come tali devono essere considerate quando si tratta di valutare la legge applicabile al rapporto di lavoro di un lavoratore che si muove sul territorio dell'UE. Leggere in tale prospettiva le regole del mercato interno permette di attrarre le stesse nel gioco delle norme internazional-privatistiche, al fine di garantire l'interna coerenza sistematica di queste ultime. Non si tratta infatti di configurare un contrasto tra due sistemi di regolazione che implicano diversi modelli di coordinamento di leggi in conflitto, ma di introdurre un ulteriore grado di valutazione nel giudizio in merito alla legge applicabile, teso ad accertare che la soluzione prospettata nel caso concreto non configuri un ostacolo ingiustificato all'esercizio delle libertà economiche fondamentali<sup>157</sup>.

Questo processo di "osmosi" tra regole di mercato e sistema di norme di conflitto si è concretizzato nell'adozione della Direttiva n. 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una

<sup>154</sup> È questo il fine perseguito dalla legge n. 398/87 (sulla quale *infra* parte III): far assumere al datore l'impegno di rispettare il contratto collettivo indipendentemente dalla legge applicabile al rapporto.

<sup>155</sup> Cfr. M. MAGNANI, *I rapporti di lavoro*, cit. p. 410.

<sup>156</sup> Tra i tanti contributi in merito, cfr. M. FALLON- J. MEEUSEN, *Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition*, in *Yearb. Private Int. Law*, 2002, p.37 ss.; H. MUIR WATT, *Integration and Diversity*, in F. CAFAGGI (a cura di), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford UP, Oxford, 2006, p. 110 ss.; G. VITELLINO, *Brevi riflessioni su alcuni aspetti dell'incidenza dei principi di libera circolazione sulle norme di diritto internazionale privato*, in P. FOIS- R. CLERICI (a cura di), *I caratteri del diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2007, p. 129 ss. (vedi anche gli autori citati nella nt. successiva).

<sup>157</sup> In questi termini N. BOSCHIERO, *Verso il rinnovamento e la trasformazione della Convenzione di Roma: problemi generali*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2004, p. 369 ss.; M. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2001, p. 569 ss.; S. BARIATTI, *Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del Trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario*, ivi, 2003, p. 671 ss.

prestazione di servizi, espressamente richiamata dal Regolamento (considerando 34). La Direttiva nasce per risolvere i dubbi ingenerati dalla giurisprudenza degli inizi degli anni novanta in materia di libera prestazione dei servizi, che ha dato impulso ad una nuova fase di integrazione del mercato unico culminata con l'adozione della Direttiva n. 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno. I dubbi derivavano dall'enunciazione di principi apparentemente contraddittori in due sentenze quasi coeve della Corte di giustizia. Nella prima (la sentenza *Säger*) vi si afferma che la libertà di prestare e ricevere servizi di cui all'art. 49 TCE (oggi 56 TFUE) è lesa da qualsiasi misura, anche priva di carattere discriminatorio, che impedisca o renda più difficoltoso l'accesso al mercato nazionale a chi è stabilito in un altro Stato membro<sup>158</sup>. Nella seconda (la sentenza *Rush Portuguesa*<sup>159</sup>) si legge che il diritto comunitario non impedisce agli Stati membri di estendere normativa lavoristica e contratti collettivi ai lavoratori stranieri distaccati sul loro territorio nell'ambito di una prestazione di servizi; anche se ciò può rendere più onerosa la prestazione stessa.

La conciliazione tra questi due enunciati si trova sempre nei principi di regolazione del mercato interno che emergono dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Limitazioni alle libertà economiche sono possibili se si fondano su ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica (art. 46 TCE, ora 52 TFUE) oppure, qualora non siano di carattere discriminatorio, se sono giustificate da “ragioni imperative di interesse pubblico”, tra le quali rientra l'esigenza di tutelare i lavoratori<sup>160</sup>. Si profila la necessità di operare un bilanciamento tra due esigenze potenzialmente contrapposte: quella dei lavoratori a vedersi garantite le condizioni di maggior favore eventualmente previste nel paese d'invio e quella del datore a non vedersi limitata la propria libertà di erogare il servizio da un aggravio del costo del lavoro. Quest'ultima esigenza prevale se la misura che si vuole applicare ai lavoratori non è idonea né necessaria a perseguire lo scopo prefigurato, considerando quanto già previsto a loro garanzia nel paese d'origine (c.d. test di idoneità), e se non è proporzionata, in ragione dell'esistenza di altri modi per realizzare il fine di tutela, meno lesivi della libertà economica (c.d. test di proporzionalità)<sup>161</sup>.

La Direttiva 96/71 è stata adottata per ridurre il grado di incertezza insito in un simile giudizio comparativo, precisando cosa gli Stati membri “debbono” e cosa “possano” fare quando dei lavoratori stranieri sono distaccati sul loro territorio per eseguirvi una prestazione di servizi. Sotto il primo profilo, il *quantum* di tutele da applicare è necessariamente identificato nelle condizioni di lavoro e occupazione relative ad un elenco tassativo di materie. Si tratta di materie già oggetto di armonizzazione, con l'aggiunta (necessaria in un'ottica di contrasto al *dumping* sociale) dei minimi retributivi: periodi massimi e minimi di riposo, durata minima delle ferie, condizioni di cessione temporanea del lavoratore, salute e sicurezza, tutela di donne e minori e divieto di discriminazione (art. 3, par. 1). Sotto il secondo profilo, è riconosciuta agli Stati membri la possibilità di

<sup>158</sup> Corte giust. CE, 25 luglio 1991, C-76/90, *Säger*.

<sup>159</sup> Corte giust. CE, 27 marzo 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*.

<sup>160</sup> È quanto la Corte di giustizia riconosce già a partire dalla sentenza 17 dicembre 1981, C- 279/80, *Webb*.

<sup>161</sup> Sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in merito cfr. E. TRAVERSA, *Libera prestazione dei servizi e distacco dei lavoratori*, in F. CARINCI - A. PIZZOFRATTO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, vol. IX, UTET, Torino, 2010, p. 296 ss.; U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2009, p. 34 ss.; F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 95 ss.; S. GIUBBONI- G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 95 ss.

imporre alle imprese straniere il rispetto di altre norme in materia di lavoro in aggiunta di quelle elencate, purché riconducibili a “*disposizioni di ordine pubblico*” (art. 3, par. 10)<sup>162</sup>.

L'obbligo per le imprese straniere di servizi di rispettare gli standard minimi elencati dalla Direttiva riguarda non solo le fonti eteronome (leggi o regolamenti), ma anche i contratti collettivi se dichiarati di “*applicazione generale*”<sup>163</sup>. Gli Stati membri che (come l'Italia) non dispongono di un sistema di estensione *erga omnes* dell'efficacia dei contratti collettivi, possono far riferimento a quelli “*in genere applicabili a tutte le imprese simili*” nel settore o area occupazionale interessata o a quelli siglati dalle organizzazioni collettive “*più rappresentative sul piano nazionale*”; sempre che questi ultimi trovino applicazione su tutto il territorio dello Stato ed in modo tale che non si determini una disparità di trattamento rispetto alle imprese nazionali (art. 3, par. 8), in ossequio al generale principio di non discriminazione.

Con la Direttiva si è inteso perseguire un obiettivo che, dopo l'apertura ad est dell'UE, è diventato di assoluto rilievo per la tenuta del c.d. modello sociale europeo: garantire che la piena integrazione del mercato dei servizi non implichi dinamiche di *dumping* sociale tra gli Stati membri. Essa trova dunque la propria *ratio* fondativa nelle regole e nei principi del mercato interno, come dimostra la sua base giuridica (artt. 57, par. 2 e 66 TCE, ora artt. 53 e 62 TFUE); ma assume anche un evidente rilievo internazional-privatistico, nella misura in cui detta agli Stati membri regole per individuare la normativa lavoristica da applicare ai lavoratori temporaneamente presenti sul loro territorio.

Il problema del coordinamento tra le prescrizioni della Direttiva e le norme di diritto internazionale privato in materia di contratti, oggi dettate dal Regolamento Roma I, è affrontato nei considerando di entrambe le fonti europee. Nella prima si legge che con essa non s'intende incidere sulla legge applicabile al rapporto di lavoro del lavoratore distaccato, la cui selezione resta affidata alle norme di conflitto<sup>164</sup>, ma piuttosto identificare le norme di applicazione necessaria da rispettare durante il periodo del distacco (considerando n. 10)<sup>165</sup>. Il rapporto tra le diverse fonti dell'UE è ulteriormente chiarito dal Regolamento, il quale non intende pregiudicare “*l'applicazione delle disposizioni dell'ordinamento comunitario che, con riferimento a specifici settori, disciplinano i conflitti di legge in materia di obbligazioni contrattuali*” (art. 23)<sup>166</sup> ed in particolare “*non dovrebbe pregiudicare l'applicazione delle norme di applicazione necessaria del paese del distacco, previste dalla Direttiva 96/71/CE*” (considerando n. 34).

<sup>162</sup> Sostituendo la nozione di “*ragioni imperative di interesse pubblico*” adoperata dalla Corte di giustizia con quella di “*ordine pubblico*”, il legislatore europeo riduce significativamente i margini di intervento statale per contrastare il *dumping* sociale. Sulla questione si sofferma U. CARABELLI, *Europa dei mercati*, cit., p. 68 ss.; cfr. anche B. DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell'appalto*, cit., p. 52 che, contro l'interpretazione consolidata, suggerisce di leggere in senso strettamente internazional-privatistico l'art. 3.10 (come limite all'applicabilità della legge straniera), lasciando così inalterato il potere statale di individuare le ulteriori “*ragioni imperative*”.

<sup>163</sup> L'art. 3, par. 1 della Direttiva 96/71 limita l'applicazione dei contratti collettivi al solo settore dell'edilizia (quello più esposto al *dumping* sociale), salva la possibilità per gli Stati membri di estendere l'obbligo di rispettarli anche ad altri settori (art. 3, par. 10).

<sup>164</sup> In base ai criteri di collegamento previsti dall'art. 8 del Regolamento la legge applicabile ad un lavoratore “*temporaneamente*” distaccato in un altro Stato membro di norma è quella dello Stato d'origine (*supra* parte I, par. 4.1).

<sup>165</sup> Come afferma la COMMISSIONE CE nel *Libro Verde sulla trasformazione*, cit., p. 39, “*i due strumenti si conciliano perfettamente*” dal momento che “*la Direttiva va [...] vista come un prolungamento dell'art. 7 della Convenzione di Roma*”.

<sup>166</sup> Cfr. COMMISSIONE CE, *Proposta di Regolamento*, cit., nel cui Allegato I è inserita la Direttiva 96/71 tra gli atti cui l'art.23 si riferisce.

Norme di applicazione necessaria sono quelle relative alle materie elencate dalla Direttiva, ma anche quelle ulteriori eventualmente identificate dallo Stato come “*disposizioni di ordine pubblico*” ai sensi dell'art. 3, par. 10<sup>167</sup>. Nel suo ambito di applicazione, la Direttiva assume rilievo di fonte speciale di diritto internazionale privato, la cui peculiarità consiste nell'imporre una specifica interpretazione dell'art. 9 del Regolamento, da cui il giudice non può sottrarsi.

L'incidenza della Direttiva sulle regole di diritto internazionale privato è significativa, se solo si considera il doppio limite che da essa deriva in merito alla selezione delle norme di applicazione necessaria all'interno degli ordinamenti nazionali: da una parte deve essere dato obbligatoriamente rilievo alle disposizioni relative alle materie elencate dall'art. 3, par. 1, dall'altra l'identificazione delle ulteriori “*disposizioni di ordine pubblico*” di cui all'art. 3, par. 10 va fatta tenendo conto dei limiti posti a presidio del funzionamento del mercato interno dei servizi<sup>168</sup>.

La nozione di “ordine pubblico” va interpretata restrittivamente ed uniformemente, alla luce dei consolidati test di necessità e proporzionalità che si è sopra richiamato<sup>169</sup>. Ed è il test di proporzionalità che porta ad escludere dal novero delle norme di ordine pubblico di cui all'art. 3, par. 10 quelle oggetto di direttive di armonizzazione, dal momento che le esigenze di tutela dei lavoratori devono in questo caso considerarsi già soddisfatte dalla normativa del paese d'origine che le recepisce<sup>170</sup>. L'arricchimento del quadro dei diritti sociali e del lavoro riconosciuti sul piano del diritto dell'UE può giocare sotto questo profilo un ruolo non necessariamente favorevole ai lavoratori, se l'effetto è l'appiattimento della nozione di norme di applicazione necessaria sugli standard minimi riconosciuti dalle fonti europee.

Questo “sottosistema” di regole di rilievo internazional-privatistico vale soltanto nello stretto ambito di applicazione della Direttiva. La stessa scelta delle materie incluse nell'elenco di cui all'art. 3, par. 1 è condizionata dalla peculiare fattispecie del distacco e risponde a quella specifica logica di bilanciamento tra interessi contrapposti che si è sopra richiamata. Il che da una parte impone prudenza nell'utilizzo di quell'elenco per individuare le norme di applicazione necessaria al di fuori

<sup>167</sup> Da qui la già richiamata sovrapposizione tra le due nozioni nella giurisprudenza della Corte di giustizia; una sovrapposizione derivante anche dall'uso del concetto di ordine pubblico nel TFUE (artt. 36, 45 e 52) in funzione di limite “positivo” e non “negativo” all'applicazione delle regole del mercato interno (cfr. in merito le osservazioni di N. BOSCHIERO, *I limiti al principio d'autonomia*, cit., p. 135).

<sup>168</sup> Come lucidamente osserva P. MENGOZZI, *I conflitti di legge, le norme di applicazione necessaria in materia di rapporti di lavoro e la libertà di circolazione dei servizi nella Comunità europea*, in S. BARIATTI- G. VENTURINI (a cura di), *Liber Fausto Pocar*, cit., p.715 le norme di applicazione necessaria “di uno Stato membro, per effetto della Direttiva, subiscono una rivisitazione, che al tempo stesso ne rinforza la legittimità rendendole comunitariamente opponibili agli altri Stati membri e alle loro imprese, ma anche le imbriglia e le condiziona per conciliarne l'applicazione con la garanzia di un mantenimento di un effetto utile alla libertà di prestazione dei servizi. Lo fa dando luogo ad un fenomeno- di tipo opposto al fenomeno di rapporto e confronto tra valori di ordinamenti diversi usualmente definito di ‘cross-fertilization’- che mi permetto di definire di ‘cross-limitation’”.

<sup>169</sup> È quanto emerge dal noto “trittico” delle sentenze della Corte di giustizia 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*; 3 aprile 2008, C-346/06, *Rüffert* e (soprattutto) 19 giugno 2008, C-319/06, *Commissione/Granducato di Lussemburgo*; ma sull'ordine pubblico come nozione “comunitaria” oggetto di interpretazione restrittiva cfr. già Corte giust., 23 novembre 1999, C-369 e C-376/96, *Arblade*, come detto sentenza ispiratrice dell'art. 9 del Regolamento. Per una generale ricognizione della giurisprudenza della Corte di giustizia successiva alla Direttiva 96/71, cfr. da ultimo E. TRAVERSA, *Libera prestazione dei servizi*, cit. p. 313 ss.

<sup>170</sup> Cfr. Corte giust. CE, C-319/06, *Commissione/Granducato di Lussemburgo*, par. 44; anche se con ciò la Corte di giustizia non si avvede di entrare in contraddizione con quanto prescrive la stessa Direttiva che include nell'elenco di cui all'art. 3.1 materie oggetto di armonizzazione (in merito, se vuoi, cfr. G. ORLANDINI, *Ordine pubblico e dumping sociale nel mercato interno dei servizi*, in *Riv. dir. sic. soc.* 2008, p. 663 ss.).

dell'ambito del distacco intra-comunitario<sup>171</sup>, dall'altra può anche giustificare una maggior elasticità nell'identificazione delle stesse in casi che non implicano un contrasto con l'esercizio delle libertà economiche. Se ciò è vero in linea di principio, tuttavia è difficile prospettare il consolidarsi di orientamenti divergenti in seno alla Corte di giustizia in merito ad identiche nozioni, a seconda che queste siano invocate nell'ambito delle regole del mercato unico o per interpretare il Regolamento Roma I<sup>172</sup>.

## 2. Il d.lgs. n. 72/2000: ambito di applicazione e nozione di distacco transnazionale

La Direttiva 96/71 è stata recepita nell'ordinamento italiano con il d.lgs. n. 72/2000, al quale è necessario far riferimento per determinare la disciplina del rapporto di lavoro dei lavoratori stranieri distaccati in Italia.

Nel riprodurre quanto previsto dalla Direttiva, l'art. 1, d.lgs. n. 72/2000 identifica tre fattispecie di distacco transnazionale, che presuppongono la permanenza in capo al distaccante della titolarità del rapporto di lavoro: quello attuato nell'ambito di un appalto di servizi, quello realizzato tra imprese di un gruppo con sedi in diversi Stati membri (art. 1, 1° comma) e quello operato da un'Agenzia di lavoro temporaneo (art. 4)<sup>173</sup>.

Al pari del Regolamento Roma I, le norme relative al distacco transnazionale hanno valenza universale, ovvero trovano applicazione anche nei confronti di imprese situate al di fuori dell'UE (art. 1, 3° comma). L'accesso del lavoratore extracomunitario in Italia è però subordinato al rilascio del permesso di soggiorno secondo la procedura prevista dal Regolamento di attuazione del T.U. sull'immigrazione (art. 40, d.p.r. n. 394/1999, come modificato dal d.p.r. n. 334/2004), che include tra gli ingressi autorizzabili al di fuori delle quote fissate annualmente dal c.d. "decreto flussi" i distacchi di dirigenti o personale altamente specializzato (art. 27, 1° comma, lett. a), d.lgs. n. 268/1998) e quelli operati per finalità formative (art. 27, 1° comma, lett. f))<sup>174</sup>, per svolgere attività qualificate (art. 27, 1° comma, lett. g))<sup>175</sup> o per eseguire un appalto (art. 27, 1° comma, lett. i))<sup>176</sup>. Per i lavoratori di Stati terzi distaccati nell'ambito di un appalto da parte di un'impresa con sede in uno Stato membro, il permesso di soggiorno è invece rilasciato sulla base di una semplice comunicazione allo sportello unico della prefettura, attestante la regolarità della situazione

<sup>171</sup> Tendono ad escludere tale possibilità M. MAGNANI, *Il diritto applicabile*, cit. p.92 e S. KREBBER, *Conflict of laws*, cit. p. 353.

<sup>172</sup> A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 835, attribuisce senz'altro valore generale all'elenco dell'art. 3.1 della Direttiva, anche al di là dell'ambito di applicazione di questa, sulla scia di quanto emerge dalla dottrina internazional-privatistica dove è frequente il riferimento ad esso per individuare le norme di applicazione necessaria in materia di diritto del lavoro (cfr. F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile*, cit. p.56; M.V. POLAK, *"Laborum Dulce Leninem?"*, cit., p. 328; A. BONOMI, *Norme di applicazione necessaria*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *La nuova disciplina*, cit. p. 183).

<sup>173</sup> La nozione di distacco internazionale non coincide ovviamente con quella configurata dall'art. 30, d.lgs. n. 276/03, in parte sovrapponibile soltanto all'ipotesi del distacco intra-gruppo di cui all'art.1, 1° comma, d.lgs. n. 72/00.

<sup>174</sup> L'autorizzazione al distacco per finalità formative è rilasciata sulla base di un dettagliato progetto formativo approvato dalla Regione (cfr. circolare Ministero dell'interno del 30 maggio 2005).

<sup>175</sup> Come chiarito dal Ministero del lavoro nell'Interpello n. 28/2011 del 27 giugno 2011, in tale ipotesi il datore è tenuto a presentare idonea documentazione attestante che la specifica qualificazione del lavoratore "sia coerente con l'esecuzione di opere o servizi particolari che lo stesso è tenuto a svolgere" (in merito cfr. anche la circolare del Ministero dell'Interno n. 4848 del 27 luglio 2010).

<sup>176</sup> A norma dell'art. 40, 13° comma, d.p.r. n. 394/99, spetta all'impresa italiana appaltante presentare la domanda di nulla osta, che viene rilasciato "previa comunicazione, da parte del datore di lavoro, agli organismi provinciali delle organizzazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative nel settore interessato".

del lavoratore in relazione alla residenza ed alle condizioni di lavoro (art. 27, 1° comma *bis*, d.lgs. n. 268/1998)<sup>177</sup>.

Il legislatore detta una definizione di distacco transnazionale che precisa ulteriormente l'ambito di applicazione della normativa. Lavoratore distaccato deve considerarsi chi, lavorando “*abitualmente*” in un altro Stato membro, si trova a svolgere sul territorio italiano un'attività lavorativa “*per un periodo limitato*” (art. 2, 1° comma), che è tale quando la durata del distacco è “*sin dall'inizio predeterminata o predeterminabile con riferimento ad un evento futuro e certo*” (art. 2, 2° comma). Si tratta di una precisazione assente nella Direttiva che, tacendo sul punto, rimette implicitamente la risposta al problema dei limiti di durata del distacco ai principi giurisprudenziali elaborati dalla Corte di giustizia in merito alla distinzione tra le nozioni di “servizio” (temporaneo) e di “stabilimento” (definitivo)<sup>178</sup>. Ed è alla luce dei medesimi principi che va letta la disposizione interna, dal momento che la presenza di una “*prestazione di servizi transnazionale*” rappresenta il presupposto dell'esistenza del distacco. Se ne ricava che, se il distacco dev'essere quanto meno associato ad una prestazione per la quale è prevista una scadenza (ad esempio il termine di consegna dei lavori in caso di appalto), la durata dello stesso non è di per sé il criterio dirimente per valutarne la temporaneità<sup>179</sup>.

La nozione di distacco transnazionale adottata dalla Direttiva (e recepita dal d.lgs. n. 72/2000) e quella ricavabile dall'art. 8, par. 2 del Regolamento (*supra* paragrafo 4.1) non sono necessariamente coincidenti<sup>180</sup>. Se ciò è vero, la tendenziale convergenza tra regole di mercato e norme internazional-privatistiche che si è detto caratterizzare le recenti dinamiche evolutive del diritto europeo, induce ad interpretare entrambe in maniera da ridurre il più possibile i margini di scarto. Aiuta in tal senso il riferimento all' “*abitualità*” dell'occupazione nel paese d'origine contenuto nella definizione di distacco di cui all'art. 2, d.lgs. n. 72/2000 (e nell'omologa disposizione della Direttiva). Da esso si ricava che il lavoratore cessa di essere “distaccato” nel momento in cui il paese d'origine non può più considerarsi il luogo di abituale occupazione alla luce dei generali canoni internazional-privatistici<sup>181</sup>. Si può allora concludere che la nozione di distacco adottata

<sup>177</sup> La norma è stata introdotta dal d.l. n. 10/07 (convertito in legge n. 46/07) per adeguare la disciplina italiana ai principi del mercato interno enunciati dalla Commissione (cfr. COMMISSIONE CE, Comunicazione del 4 aprile 2006, *Orientamenti relativi al distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi*, COM (2006) 159 def.), sulla scia della giurisprudenza della Corte di giustizia (Corte giust. CE, 21 ottobre 2004, C-445/03, *Commissione c. Granducato di Lussemburgo* e 19 gennaio 2006, C-244/04, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*); residuano dubbi di conformità con il diritto dell'UE in ragione del fatto che l'ingresso resta comunque subordinato al rilascio del permesso di soggiorno, che costituisce una forma di autorizzazione inammissibile anche in caso di distacco di lavoratori extra-UE (dubbi che aumentano nelle altre ipotesi di distacco operate al di fuori dell'ambito di un appalto, alle quali non si applica la procedura speciale di cui all'art.27, 1° comma *bis*). Il problema sembra invece non porsi per i lavoratori somministrati, dal momento che la Corte di giustizia ha ammesso la possibilità di condizionare il loro distacco al rilascio di un permesso di lavoro, considerando che questi, di fatto “*post[i] in seno all'impresa utilizzatrice*”, accedono al mercato nazionale al pari di un lavoratore assunto da un'impresa con sede nello Stato ospitante (Corte giust., 10 febbraio 2011, cause riunite C-307-309/09, *Vicoplus*).

<sup>178</sup> Il TFUE, nel garantire la libera prestazione di servizi, identifica questi ultimi con le attività esercitate “*a titolo temporaneo*” sul territorio di uno Stato membro (art. 57, par. 2), per distinguerle da quelle che implicano l'esercizio della libertà di stabilimento (art. 49).

<sup>179</sup> Cfr. Corte giust. CE, 11 dicembre 2003, C-215/01, *Schnitzer*, punto 28 nella quale si legge che “*il carattere temporaneo dell'attività dev'essere valutato non soltanto in rapporto alla durata, ma anche tenendo conto della frequenza, periodicità o continuità della stessa [...] e non esclude la possibilità per il prestatore di servizi [...] di dotarsi nello Stato ospitante di una determinata infrastruttura (ivi compreso un ufficio o uno studio) se questa infrastruttura è necessaria al compimento della prestazione di cui trattasi*”. In merito alla nozione di distacco transnazionale cfr. diffusamente U. CARABELLI, *Europa dei mercati*, cit. p. 20 ss. e, da ultimo, S. TORTINI, *Il distacco dei lavoratori tra la Direttiva comunitaria ed i faticosi passi della disciplina nazionale*, in *Lav. giur.*, 2011, p. 781 ss.

<sup>180</sup> Lo rileva la stessa COMMISSIONE CE nel *Libro Verde sulla trasformazione*, cit., p. 38.

<sup>181</sup> Analogamente, S. TORTINI, *Il distacco dei lavoratori*, cit., p. 787.

dal d.lgs. n. 72/2000 (e dalla Direttiva) presuppone che esso si svolga in maniera da non determinare il mutamento della legge applicabile, ovvero che sia soddisfatto il requisito di “temporaneità” previsto dall'art. 8, par. 2 del Regolamento.

Resta tuttavia uno scarto irriducibile tra le due nozioni di distacco se si considera che il Regolamento, a differenza della Direttiva, da una parte adotta una nozione “sostanziale” di distacco che prescinde dalla titolarità del rapporto e dall'altra vi ricomprende qualsiasi ipotesi di mutamento temporaneo del luogo di esecuzione della prestazione, non limitando il “distacco proprio” all'ambito del gruppo di impresa.

Questa diversa configurazione del “distacco transnazionale” nelle due fonti dell'UE (e quindi nell'ordinamento italiano che le recepisce) implica che solo alle fattispecie riconducibili alla più ristretta nozione adottata dal d.lgs. n. 72/2000 devono applicarsi le norme di applicazione necessaria da esso identificate; laddove nelle altre ipotesi di mobilità temporanea transfrontaliera si continuerà a far riferimento esclusivamente alle disposizioni del Regolamento.

Quest'ultimo resta poi l'esclusiva fonte per individuare la legge applicabile al personale navigante dipendente da imprese della marina mercantile, espressamente escluso dall'ambito di applicazione del d.lgs. n. 72/2000 (art. 1, 2° comma), in sintonia con quanto previsto dalla Direttiva.

### 3. Le condizioni di lavoro dei lavoratori stranieri distaccati in Italia in relazione alla legge applicabile

Al lavoratore straniero distaccato in Italia devono essere garantite le stesse condizioni di lavoro che le fonti eteronome ed i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono per i lavoratori che svolgono analoghe prestazioni nel luogo del distacco (art. 3, 1° comma). Questa regola, cuore del d.lgs. n. 72/2000 (e confermata dal d.lgs. n. 59/2010 di attuazione della c.d. Direttiva servizi 2006/123<sup>182</sup>), trova eccezione solo con riguardo alla disciplina in materia di ferie e retribuzione in caso di lavori di assemblaggio iniziale e di prima installazione di un bene, di durata non superiore ad 8 giorni (art. 3, 2° comma)<sup>183</sup>.

Il legislatore italiano non opera nessuna distinzione tra le materie individuate dalla Direttiva ed altre oggetto di “*disposizioni di ordine pubblico*”, limitandosi ad enunciare un generale principio di parità di trattamento tra lavoratori stranieri distaccati e lavoratori occupati in Italia<sup>184</sup>. Un simile enunciato collide con le disposizioni della Direttiva 96/71, come interpretata dalla Corte di giustizia, e con le regole del mercato unico, per le quali il principio in parola configura un potenziale

<sup>182</sup> Il d. lgs. n. 59/2010 nel confermare (in linea con quanto prescritto dalla Direttiva servizi) che le condizioni di lavoro e occupazione di quanti erogano prestazioni di servizi in Italia non rientrano nel suo ambito di applicazione, riproduce nell'articolo 23 la stessa disposizione contenuta nell'articolo 3, 1° comma, d.lgs. n. 72/00, rinviandovi espressamente (in merito cfr. le osservazioni critiche di F. BANO, *Il recepimento in Italia della direttiva servizi: i profili giuslavoristici*, in *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni cambiamento sociale*, vol. III, Jovene, Napoli, 2011, p. 1386 ss.)

<sup>183</sup> L'art. 3, 2° comma, d. lgs. n.72/2000 recepisce alla lettera l'art. 3, par. 2, Direttiva 96/71. Non è stata invece utilizzata la possibilità di deroga relativa ai distacchi di breve durata e di scarsa entità di cui ai paragrafi 3, 4 e 5 del medesimo articolo della Direttiva.

<sup>184</sup> Così P. CHIECO, *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell'impresa*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, p. 796 e E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2011, p. 382. In merito alla declinazione del principio in parola con riguardo ai contratti collettivi cfr. *infra* par. 3.1.

ostacolo alla libertà delle imprese di accedere al mercato nazionale<sup>185</sup>. L'art. 3, 1° comma, a prescindere dalla Direttiva, sarebbe comunque in contraddizione con l'art. 9 del Regolamento Roma I, non potendo come visto essere ricondotto tra le norme di applicazione necessaria l'intero sistema di diritto del lavoro nazionale.

Due sono allora i possibili scenari cui la disciplina dettata dal d.lgs. n. 72/2000 dà origine. Se si segue un'interpretazione letterale, essa resta esposta all'inevitabile censura di contrarietà alla Direttiva 96/71. Per evitare ciò, in sintonia con le indicazioni fornite dal Ministero del lavoro, è necessario adottare un'interpretazione conforme al diritto dell'UE, in forza della quale si può ritenere che il legislatore, non avendo esplicitamente individuato le disposizioni di ordine pubblico da applicare ai lavoratori distaccati, non si è avvalso della possibilità offerta dall'art. 3, par. 10 della Direttiva<sup>186</sup>. Con la conseguenza che il richiamo della normativa interna contenuto nell'art. 3, 1° comma, d.lgs. n. 72/2000 dovrebbe interpretarsi come esclusivamente riferito alle materie elencate dall'omologa disposizione della fonte europea<sup>187</sup>.

Anche il consolidarsi di una simile interpretazione (che forza chiaramente la lettera dell'art. 3, 1° comma) non esimerebbe comunque il nostro legislatore da un intervento chiarificatore capace di scongiurare il rischio di una procedura d'infrazione, dovuta all'incertezza e ambiguità del quadro normativo<sup>188</sup>.

Un simile intervento dovrebbe provvedere anche a colmare la lacuna causata dall'assenza di disposizioni specifiche in materia di oneri amministrativi ed esercizio dei poteri ispettivi; lacuna che, pur riflettendo l'assenza di disposizioni specifiche nella Direttiva<sup>189</sup>, rappresenta comunque una

<sup>185</sup> Riconosce la non conformità del d.lgs. n. 72/00 con la direttiva la dottrina maggioritaria: B. DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell'appalto*, cit., p. 54 ss., spec. p. 60 (che evidenzia anche il vizio di eccesso di delega rispetto alla legge comunitaria n. 25/99); S. TORTINI, *Il distacco dei lavoratori*, cit. p. 785; E. TRAVERSA, *Libera prestazione dei servizi*, cit., p.322; M. ROCCELLA- T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Cedam, Padova, 2009, p. 162; M. MONACO, *La normativa italiana in materia di distacco alla luce della giurisprudenza europea*, in M. CILENTO (a cura di), *I percorsi della solidarietà*, Ed. lavoro, Roma, 2008, p. 120; G. ORLANDINI, *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori in Italia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, p. 70; M. PALLINI, *Posted workers: italian regulation and dilemmas*, in *Transfer 2/06*, 2006, p. 273; contra S. MARETTI, *Il recepimento della Direttiva Cee sul distacco dei lavoratori*, in *Massimario di Giur. lav.*, 2000, p. 1156 che giustifica la scelta del legislatore italiano alla luce del principio del *favor*.

<sup>186</sup> Ministero del lavoro, Interpello n.33/2010 del 12 ottobre 2010.

<sup>187</sup> In termini analoghi S. NADALET, *L'attuazione della Direttiva 97/71 sul distacco*, in *Lav. dir.*, 2008, p. 45 e (implicitamente) S. DI BIASE, *Il distacco transnazionale di lavoratori in UE*, in *Dir. prat. lav.*, *Inserto* n. 11/2005, XXXII. Allo stesso risultato si perviene considerando la norma interna disapplicabile dal giudice nazionale per contrasto con la direttiva, come sembra suggerire B. DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell'appalto*, cit., p.55, sulla scia della giurisprudenza amministrativa (*infra* nt. 198); un'opzione, questa, difficile da giustificare, in ragione del fatto che l'art. 3.10 della direttiva non è una disposizione "precisa e incondizionata" e, soprattutto, non è invocabile nei rapporti tra privati.

<sup>188</sup> La sentenza Cass., 25 novembre 2010, n. 23993 cit. rappresenta un'occasione persa per far luce sulla corretta interpretazione del d.lgs. n. 72/00: il caso riguardava il licenziamento di un lavoratore italiano assunto da una società tedesca a lungo distaccato presso una sua controllata italiana. La Corte non ha affrontato la questione della rilevanza nel caso di specie del d.lgs. n. 72/00 per un vizio procedurale della domanda ed ha concluso per l'applicazione della legge tedesca in base alle sole norme di conflitto internazionale-privatistiche (*supra* nt. 94).

<sup>189</sup> Per colmare questa lacuna, la Commissione ha annunciato un'iniziativa legislativa destinata ad "agevolare la circolazione delle informazioni tra imprese e le autorità degli Stati membri, rafforzare i controlli e lottare contro gli abusi" (COMMISSIONE CE, Comunicazione del 13 aprile 2011, *L'Atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia. "Insieme per una nuova crescita"*, COM (2011) 206 def., p. 16). La materia è stata sino ad oggi regolata dai principi enunciati dalla Corte di giustizia e recepiti dalla Commissione, in base ai quali l'imposizione di obblighi di comunicazione e di documentazione sociale alle imprese straniere deve rispondere al principio di proporzionalità, cioè deve comportare oneri strettamente necessari al perseguimento del fine di controllo sulle condizioni di lavoro dei lavoratori distaccati (cfr. Corte giust. CE, C-369/96 e C-376/96, *Arblade*, punto 76-79 e C-319/06 e *Commissione/Granducato di Lussemburgo*, punto 90-95); ciò rende inammissibile non solo una preventiva autorizzazione al distacco, ma

sua sostanziale inattuazione, dal momento che essa impone agli Stati di organizzare un efficiente sistema di cooperazione e scambio di informazioni tra amministrazioni pubbliche (art. 4, Direttiva 96/71). Sulle imprese straniere non grava alcun obbligo di comunicare agli organismi competenti la presenza sul territorio italiano di lavoratori loro dipendenti né di fornire informazioni circa le condizioni del distacco (obbligo sussistente solo in caso di impiego di lavoratori di Stati terzi ex art. 40, d.p.r. n. 394/99). Neppure esiste alcuna disposizione relativa alla tenuta dei documenti sociali, posto che la disciplina relativa al libro unico del lavoro di cui all'art. 39, legge n. 133/2008 si applica solo alle imprese stabilite in Italia. Il che rende estremamente difficile il controllo ispettivo e priva di effettività i diritti pur formalmente riconosciuti ai lavoratori stranieri distaccati in Italia<sup>190</sup>.

### 3.1. segue: ... ed ai contratti collettivi

I problemi interpretativi sollevati dall'art. 3, 1° comma, d.lgs. n. 72/2000 aumentano in relazione all'obbligo posto in capo alle imprese situate fuori dal territorio italiano di rispettare i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. I profili di potenziale contrasto con quanto prescrive la Direttiva 96/71 si sommano a quelli di dubbia costituzionalità della norma, se con essa si prospetta l'efficacia generale dei contratti collettivi per i lavoratori stranieri distaccati in Italia. Da ciò la necessità di adottarne un'interpretazione che ne garantisca la legittimità sia per il diritto interno sia per quello europeo.

Sembra da escludere una lettura del disposto in parola (pur legittimata dalla lettera dello stesso) in base alla quale questo imporrebbe la parità di trattamento tra lavoratori stranieri e lavoratori comparabili dipendenti dell'appaltante (o distaccatario). Lo esclude un'interpretazione coerente con la Direttiva la quale, nel consentire l'estensione dei contratti collettivi alle imprese straniere, richiama quelli del settore cui questa appartiene ("*categoria professionale o industriale*") (art. 3, par. 8); il che risponde alla *ratio* stessa della norma, intesa a regolare la concorrenza tra imprese che operano nello stesso ambito del mercato interno dei servizi.

Ed è sempre l'interpretazione conforme alla Direttiva a suggerire di leggere la norma in esame in un senso compatibile con i limiti posti dall'art. 39 Cost. L'obbligo di applicare il contratto collettivo

---

anche una procedura di preventiva comunicazione troppo gravosa, l'obbligo di conservare i documenti sociali sul luogo di lavoro dopo il distacco e la richiesta di nuovi documenti sociali nel caso in cui le informazioni contenute nei documenti previsti dalla normativa dello Stato d'origine siano sufficienti per eseguire i controlli necessari (cfr. COMMISSIONE CE, *Orientamenti relativi al distacco*, cit.). Una maggior tolleranza nei confronti del potere statale di controllo sulle imprese straniere emerge dalla giurisprudenza più recente: nella sentenza 7 ottobre 2010, C-515/08, *Santos Palhota*, la Corte di giustizia, nel ribadire l'inammissibilità di qualsiasi procedura "sostanzialmente" autorizzatoria, ha chiarito che l'obbligo di tenuta dei documenti sociali sul luogo di lavoro durante il distacco e di inviarne copia all'autorità competente al termine dello stesso non è incompatibile con i vincoli posti dall'articolo 56 TFUE.

<sup>190</sup> Cfr. D. VENTURI, *Gli obblighi in materia di lavoro e contribuzione delle aziende comunitarie operanti in Italia. In particolare il distacco comunitario*, Working Paper Adapt n.49/2008. In assenza una regolazione normativa, il Ministero ha irrisolvemente (mediante pubblicazione sul proprio sito web) adottato nel novembre 2010 il *Vademecum ad uso degli ispettori del lavoro e delle imprese "Il distacco dei lavoratori nell'Unione europea"*, che contiene una *check list* per il personale ispettivo con l'indicazione dei documenti da richiedere al datore distaccante in sede di primo accesso.

andrebbe limitato alle clausole sui minimi salariali, le uniche capaci di acquisire generale vincolatività grazie alla nota giurisprudenza fondata sull'art. 36 Cost.<sup>191</sup>; con l'eventuale aggiunta dei contratti collettivi integrativi di disposizioni di legge<sup>192</sup>. Una diversa conclusione, nell'imporre alle imprese straniere obblighi dai quali quelle nazionali possono sottrarsi, determinerebbe infatti una situazione di disparità di trattamento non ammessa dalla Direttiva e, prima ancora, dalle regole del mercato unico.

Nel settore dell'edilizia (tra i più interessati al fenomeno del distacco transnazionale) la questione dell'efficacia del contratto collettivo si associa a quella dell'obbligo di iscrizione alle Casse edili. Si pone il problema di stabilire se tale obbligo sussista o meno per le imprese straniere che eseguono in Italia un appalto<sup>193</sup>. In merito si è espresso a più riprese il Ministero del lavoro (in risposta ad interpelli) nel senso di ritenere sussistente l'obbligo di versare i contributi (con conseguente acquisizione del D.U.R.C.) per le imprese straniere che non abbiano adempiuto nel paese d'origine analoghi obblighi finalizzati a garantire ai lavoratori le stesse prestazioni erogate dalla Cassa edile<sup>194</sup>. In altre parole, l'obbligo di iscrizione alla Cassa dipenderebbe dalla comparazione tra le prestazioni da essa erogate e quelle godute nello Stato d'origine. Ciò appare solo in parte coerente con i vincoli posti dal diritto dell'UE. Nel giudizio di comparazione si dovrebbe infatti tener conto sia dell'eventuale esistenza di misure meno restrittive rispetto all'obbligo di contribuzione, capaci di assicurare un'analoga tutela al lavoratore<sup>195</sup>, sia del tipo di prestazione erogata dalla Cassa, al fine di giustificarne la riconducibilità tra gli standard minimi di tutela previsti dalla Direttiva 96/71. Rileva a tal proposito non solo l'interpretazione (restrittiva) dell'art. 3, par. 10, ma anche quanto chiarito dalla Corte di giustizia nella sua più recente giurisprudenza in merito al fatto che, nelle materie elencate dall'art. 3, par.1, gli Stati membri non possono imporre l'applicazione di condizioni di lavoro più favorevoli rispetto ai livelli minimi di protezione fissati dalla legge o dalla contrattazione collettiva nazionale<sup>196</sup>.

In base ai principi ricavabili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, contrastano con le regole del mercato unico anche le c.d. clausole sociali obbligatoriamente inserite nei capitolati di appalti pubblici, a norma dell'art. 36 dello Statuto dei lavoratori e dell'art. 118, 6° comma del Codice degli

<sup>191</sup> In tal senso M. PALLINI, *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto comunitario del lavoro ha già la sua Bolkestein?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 242. Sembra aderire a questa interpretazione anche il Ministero del lavoro, che rinvia al trattamento minimo salariale fissato "nei contratti collettivi di lavoro stipulati nei diversi settori produttivi dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, nel rispetto del principio di proporzionalità della retribuzione sancito dall'art. 36 Cost." (Interpello n. 33/2010 del 12 ottobre 2010).

<sup>192</sup> In merito alle problematiche applicative che conseguono a tale opzione interpretativa sia consentito il rinvio a G. ORLANDINI, *Il recepimento della Direttiva sul distacco transnazionale in Italia: l'impatto del caso Laval*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2011, p. 409-410.

<sup>193</sup> La risposta positiva non implicherebbe in questo caso una disparità di trattamento rispetto alle imprese del settore stabilite in Italia, considerando la giurisprudenza che tende a ritenere ineludibile il versamento dei contributi alle locali Casse edili in virtù dell'impegno che qualsiasi datore si assume utilizzando la modulistica necessaria per effettuare la denuncia di assunzione ai Centri per l'impiego (c.d. adesione per *facta concludentia*) (Cass., 28 ottobre 2008, n. 25888 in *Argomenti dir. lavoro*, 2009, p. 849 ss.).

<sup>194</sup> Ministero del lavoro, Interpello n. 6/2009 del 6 febbraio 2009, n. 24/2007 del 3 settembre 2007 e del 23 febbraio 2006.

<sup>195</sup> Corte giust. CE, 25 ottobre 2001, C-49, 50, 52, 54, 68 e 71/98, *Finalarte*, nella quale l'obbligo di versare la contribuzione ad un fondo ferie negoziale è subordinato all'accertamento in merito alla minor gravosità per il datore del pagamento diretto al lavoratore.

<sup>196</sup> Corte di giust. CE, C-341/05, *Laval*, punto 80 e C-346/06, *Rüffert*, punto 33, nelle quali si afferma che la possibilità di applicare condizioni più favorevoli rispetto agli standard minimi di cui all'art. 3, par. 1 della Direttiva 96/71, prevista dal par. 7 del medesimo articolo, deve riferirsi solo alla normativa del paese d'origine.

appalti pubblici (d.lgs. n. 163/2006). Si tratta di una modalità di estensione dell'efficacia del contratto collettivo non prevista dalla Direttiva e non giustificabile dall'obiettivo di tutela dei lavoratori: l'interesse generale non è in questo caso invocabile posto che il rispetto del contratto collettivo non vale per gli appalti privati<sup>197</sup>. Alle imprese straniere aggiudicatrici di pubblici appalti può essere imposto il rispetto delle sole clausole di contratto collettivo dotate di generale vincolatività, in esse comprendendovi anche quelle che prevedono l'iscrizione alle Casse edili, seppur nei limiti ed alle condizioni che si è sopra descritto<sup>198</sup>.

Secondo la Corte di giustizia, neppure è possibile imporre alle imprese straniere il rispetto dei contratti collettivi attraverso l'esercizio dell'azione sindacale. Come affermato nella storica sentenza *Laval*, anche questa è una modalità di estensione del contratto collettivo non ammessa dalla Direttiva ed incompatibile con il diritto dell'impresa di conoscere gli obblighi cui è tenuta a conformarsi quando fornisce un servizio in un altro Stato membro<sup>199</sup>. Prende così forma nell'ordinamento italiano un inedito limite all'azione sindacale, direttamente fondato sul diritto dell'UE<sup>200</sup>: uno sciopero diventa illegittimo se finalizzato a garantire ai lavoratori stranieri distaccati sul territorio italiano standard di tutela superiori rispetto a quelli fissati dalla Direttiva 96/71<sup>201</sup>.

#### 4. La disciplina degli appalti interni ed il regime della solidarietà

Ai lavoratori distaccati nell'ambito di “*appalti da eseguirsi all'interno*” di un'azienda spetta un trattamento retributivo e normativo non inferiore rispetto a quello goduto dai lavoratori da essa dipendenti (art. 3, 3° comma). A garanzia dei crediti di lavoro è previsto il regime di solidarietà tra appaltante e appaltatore, con conseguente diritto del lavoratore distaccato di agire nei confronti del primo entro un anno dalla cessazione dell'appalto (art. 3, 4° comma).

<sup>197</sup> Corte giust. CE, C-346/06, *Rüffert*, punti 23-30 e 40.

<sup>198</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 1 marzo 2006, n.928, che conferma TAR Bolzano 19 aprile 2005, n. 140 in *Mass. giur. lav.* 2005, p. 658 solo in parte coerente con i principi enunciati dalla Corte di giustizia nella sentenza *Rüffert*; lo è nelle conclusioni, posto che, per effetto di un giudizio di comparazione tra prestazioni erogate dalla locale Cassa edile e prestazioni garantite dall'ordinamento d'origine del datore (Austria), si è giunti alla disapplicazione dell'art. 48, legge prov. n. 6/98 della Provincia di Bolzano che condiziona alla presentazione del D.U.R.C. l'aggiudicazione di un appalto; lo è meno nelle argomentazioni, posto che non si affronta il problema dell'*erga omnes* e implicitamente si ritiene in sé legittima la clausola sociale come meccanismo di estensione “indiretta” del contratto collettivo alle imprese straniere.

<sup>199</sup> Corte giust. CE, C-341/05, *Laval*, punto 110.

<sup>200</sup> In merito cfr. A. LO FARO, *Responsabilità e sanzioni per sciopero illegittimo: cambia qualcosa in Italia dopo Laval?*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2011, p. 419 ss. e, se vuoi, G. ORLANDINI, *Viking, Laval e Ruffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, in A. VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Cacucci, Bari, 2009, p. 55 ss.

<sup>201</sup> Per affrontare il delicatissimo problema del rapporto tra tutela delle libertà economiche ed esercizio dei diritti sindacali (su cui da ultimo e per tutti cfr. U. CARABELLI, *Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica*, in *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni cambiamento sociale*, Jovene, 2011, p. 1411 ss.) la Commissione ha annunciato l'adozione di una proposta di Regolamento, denominato Monti II perché modellato sul Regolamento (CE) n. 2679/98 del 7 dicembre 1998 sul funzionamento del mercato interno in merito alla libera circolazione delle merci tra gli Stati membri (c.d. Regolamento Monti, appunto); come proposto dallo stesso Mario Monti (*Rapporto al Presidente della Commissione europea Manuel Barroso. Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea*, 9 maggio 2010, p. 76-77), esso dovrebbe contenere una clausola di salvaguardia del diritto di sciopero e configurare un sistema di allerta e monitoraggio sui conflitti sindacali transnazionali che incidono sul funzionamento del mercato dei servizi, finalizzato a favorirne la composizione (COMMISSIONE CE, *L'Atto per il mercato unico*, cit., p. 17).

La norma riproduce quanto previsto dagli ormai abrogati artt. 3 e 4, legge n. 1369/1960 in merito ai c.d. appalti interni, il che ne rende duplice il profilo di contrasto con la Direttiva 96/71. Da una parte l'obbligo di rispettare i contratti collettivi è esteso ben al di là di quanto da essa ammesso e riferito a contratti diversi da quelli del settore nel quale l'impresa appaltatrice opera. Dall'altra la norma configura una discriminazione a danno delle imprese straniere: queste soltanto infatti sono tenute ad applicare ai propri dipendenti lo stesso trattamento goduto da quelli dell'appaltante, visto il venir meno dell'analogo obbligo a carico delle imprese italiane<sup>202</sup>.

Quanto al vincolo della solidarietà, la Corte di giustizia l'ha ritenuto compatibile con i principi del mercato interno nonostante gli effetti restrittivi che ne possono conseguire sulla prestazione di servizi, sempre che esso sia strettamente funzionale a garantire "l'esecuzione degli obblighi previsti dalla [...] Direttiva" (ex art. 5 della stessa)<sup>203</sup>. Ne consegue che esso è ammesso solo se limitato ai crediti che trovano giustificazione alla luce di quest'ultima.

La disciplina sugli appalti interni dettata dal d.lgs. n. 72/2000 solleva poi ulteriori (ed irrisolti) problemi interpretativi in ragione del fatto che ad essa si sovrappone oggi il regime generale di solidarietà introdotto per qualsiasi ipotesi di appalto dall'art. 29, 2° comma, d.lgs. n. 276/2003. Se quest'ultima norma si ritiene applicabile anche agli appalti transnazionali<sup>204</sup>, ne consegue un doppio regime di solidarietà assai poco giustificabile sul piano della coerenza sistematica: i lavoratori coinvolti in appalti *extra-moenia*, pur non beneficiando della parità di trattamento, godrebbero della solidarietà estesa all'intera catena di subappalti (limitata però ai crediti retributivi e contributivi) e di una durata doppia del termine di decadenza<sup>205</sup>. Se invece si ritiene che la disciplina speciale dettata dalla normativa del 2000 precluda l'applicazione di quella generale, i lavoratori non impiegati in appalti interni resterebbero privi di tutela: alla discriminazione a danno delle imprese distaccanti in caso di appalti *intra-moenia* si affiancherebbe così un regime di sfavore per i lavoratori distaccati in caso di appalti *extra-moenia*.

Per evitare gli effetti di una simile irragionevole disciplina sarebbe necessario considerare abrogato implicitamente l'art. 3, 3° comma, d.lgs. n. 72/2000 dal sopravvenuto art. 29, d.lgs. n. 276/2003. Ma si tratta di una soluzione difficilmente prospettabile, non solo per la natura speciale

<sup>202</sup> Contra P. CHIECO, *Somministrazione, comando e appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il d.lgs. n.276/03*, Cacucci, Bari, p. 95 per il quale il contrasto con la Direttiva 96/71 l'avrebbe al contrario creato il d.lgs. n. 276/2003 eliminando per le imprese italiane un vincolo che continua a valere per quelle straniere.

<sup>203</sup> Corte giust. CE, 12 ottobre 2004, C-60/03, *Wolff*.

<sup>204</sup> Il Ministero del lavoro fonda tale asserzione sull'art. 9 del Regolamento Roma I (cfr. *Vademecum ad uso degli ispettori*, cit., p. 34); il regime della solidarietà sarebbe cioè una norma di applicazione necessaria che trova sempre applicazione indipendentemente dalla legge applicabile (per la stessa ragione si applicherebbe anche ai lavoratori somministrati, ai sensi dell'art. 23, comma 3, d.lgs. n. 276/03). Il che non sembra in contrasto con quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza C-60/03, *Wolff*; di diversa opinione B. DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell'appalto*, cit. p. 58, alla luce della più restrittiva giurisprudenza successiva (che tuttavia non tocca il tema in questione).

<sup>205</sup> In merito cfr. D. VENTURI, *Responsabilità solidale e regolazione nei processi di esternalizzazione*, in *Dir. Rel. Ind.* 2010, p. 843. Resterebbe poi anche il dubbio circa la possibilità per i lavoratori distaccati nell'ambito di un appalto interno di agire in base all'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/03 scaduto il termine annuale previsto dall'art. 3, comma 4, d.lgs. n. 72/00; il che aumenterebbe l'irragionevolezza della disciplina. I problemi di coordinamento tra le due disposizioni non sono affrontati dal Ministero del lavoro, che pur attribuisce centrale importanza al regime della solidarietà come strumento di garanzia dei crediti dei lavoratori distaccati, tanto da invitare il personale ispettivo a notificare la diffida accertativa ex art. 12, d.lgs. n. 124/2004 anche nei confronti del responsabile in solido stabilito in Italia (forzando con ciò la lettera della legge) (Interpello n. 33/2010).

della prima norma rispetto alla seconda ma anche perché l'art. 85, 1° comma, lett. g), d.lgs. n. 276/2003 ha abrogato l'art. 4, 3° comma, d.lgs. n. 72/2000, tacendo sul disposto in questione.

Non resta dunque che attendere un intervento riformatore del legislatore per dare ordine alla materia.

## 5. La somministrazione transnazionale di lavoro

Ai lavoratori distaccati da un'impresa di lavoro temporaneo con sede al di fuori del territorio italiano si applica la disciplina della somministrazione di lavoro contenuta nel d.lgs. n. 276/2003 (art. 4, 1° comma, d.lgs. n. 72/2000)<sup>206</sup>. In questo caso la scelta del legislatore italiano è legittimata dalla Direttiva 96/71, la quale ammette che ai lavoratori temporanei stranieri dipendenti da un'agenzia possano essere garantite le medesime condizioni di lavoro *“applicare ai lavoratori temporanei nello Stato membro in cui è eseguito il lavoro”* (art. 3, par. 9). La stessa Direttiva richiama tra le disposizioni del paese ospitante di necessaria applicazione quelle relative alle *“condizioni di cessione temporanea di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo”* (art. 3, par. 1, lett. d)), materia nella quale possono essere ricondotte sia le condizioni sostanziali (art. 20, d.lgs. n. 276/2003) che i requisiti formali del contratto di somministrazione (art. 21).

Il differente regime applicabile ai lavoratori somministrati rispetto a quelli distaccati ad altro titolo (appalto o distacco intra-gruppo) si giustifica con il fatto che solo i primi accedono al mercato del lavoro del paese ospitante, al pari dei lavoratori assunti da un datore ivi stabilito<sup>207</sup>. Da ciò la possibilità di equiparare questo tipo di lavoratori ai lavoratori *“migranti”* che si muovono sulla base dell'articolo 45 TFUE; possibilità e non obbligo, dal momento che detta equiparazione rappresenta comunque una deroga (seppur giustificata) alla libertà di prestazione dei servizi della quale è titolare l'impresa somministratrice.

Per effetto della parificazione tra lavoratori temporanei stranieri e nazionali, anche ai primi spetta un *“trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore”* a quello spettante ai dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, il quale è obbligato in solido con l'agenzia per l'adempimento dei crediti retributivi e previdenziali (art. 23, 1° e 3° comma, d.lgs. n. 276/2003). Se il principio della parità di trattamento si configura in maniera più ampia rispetto alle altre due ipotesi di distacco transnazionale, essendo esteso a tutte le condizioni di lavoro, una modulazione dello stesso può derivare dal giudizio di equivalenza che, analogamente a quanto accade per i lavoratori somministrati da un'agenzia italiana, va condotto sulla base di una valutazione *“complessiva”*.

<sup>206</sup> L'art. 4, d.lgs. n. 72/2000 fa riferimento alle disposizioni della legge n. 196/97 e successive modificazioni, che come noto sono state integralmente sostituite dagli artt. 20-28, d.lgs. n. 276/03. Un'interpretazione adeguatrice permette di non configurare uno stravolgimento della norma (A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova, 2004, p. 737) né tanto meno una sua implicita abrogazione (B. DE MOZZI, *Il lavoro con profili*, cit., pp. 2108-2109), da escludere per altro proprio in ragione della sua parziale abrogazione operata dallo stesso d.lgs. n. 276/2003 (art. 85, 1° comma, lett. g)).

<sup>207</sup> Come precisato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Vicoplus*, sulla scia delle conclusioni dell'AG Bot, mentre nel caso di distacco effettuato nell'ambito di un contratto di appalto *“il trasferimento di lavoratori da parte del loro datore di lavoro in un altro Stato membro costituisce l'accessorio di una prestazione di servizi svolta da detto datore di lavoro in questo Stato”*, in un distacco effettuato da un'impresa di somministrazione *“il trasferimento dei lavoratori in un altro Stato membro costituisce l'oggetto stesso di una prestazione di servizi transnazionale”*. Per questa ragione *“distinguere fra l'afflusso di lavoratori sul mercato del lavoro di uno Stato membro a seconda che essi vi accedano mediante cessione temporanea di manodopera o direttamente e in modo autonomo risulta artificiale”* (Corte giust., C-307-309/09, *Vicoplus*, punti 46 e 35).

In virtù del rinvio alla vigente disciplina della somministrazione, ai lavoratori distaccati è applicabile anche la deroga al principio di parità di trattamento prevista dall'art. 13, d.lgs. n. 276/2003. I presupposti dettati per la sua operatività e la sua stessa finalità occupazionale sembrano però incompatibili con la natura temporanea della presenza del lavoratore sul territorio italiano. Possono derivarne dubbi circa l'effettiva equivalenza tra le condizioni di lavoro dei lavoratori temporanei stranieri e nazionali, con conseguente configurazione di uno svantaggio concorrenziale per chi somministra i primi.

Il principio del mutuo riconoscimento non permette di imporre all'impresa straniera l'iscrizione nell'Albo delle agenzie per il lavoro (ex art. 5, d.lgs. n. 276/2003): è sufficiente che questa dimostri di operare in forza di un "*provvedimento amministrativo equivalente rilasciato dall'autorità competente*" di uno Stato dell'UE (art. 4, 2° comma, d.lgs. n. 72/2000). È stata abrogata la disposizione che prevedeva una speciale procedura in base alla quale il Ministero del lavoro attestava l'equivalenza (art. 85, 1° comma, lett. g), d.lgs. n. 276/2003 che abroga l'art. 4, 3° comma, d.lgs. n. 72/2000). Dalla lettera della legge sembrerebbe esclusa la legittimità di distacchi operati da agenzie con sede in paesi che non prevedono alcuna forma di controllo amministrativo sull'esercizio dell'attività di somministrazione; ma ciò non pare compatibile con i principi del mercato interno dei servizi<sup>208</sup>.

Se così decide, l'agenzia situata in un altro Stato membro può iscriversi all'Albo ministeriale alle stesse condizioni previste per le imprese con sede in Italia<sup>209</sup>, salvo l'esonero dal prestare le garanzie per i crediti di lavoro (deposito cauzionale di 350.000 euro o fideiussione) nel caso in cui analoghi obblighi siano stati adempiuti nel paese d'origine (art. 5, 2° comma, lett. c), d.lgs. n. 276/2003). Le condizioni previste dalla normativa italiana (se confrontate con quelle degli altri Stati membri, specie nei paesi dell'est) sono però tali da rendere una simile scelta un'ipotesi del tutto residuale.

### Parte III- Il lavoratore italiano all'estero (paesi extra-UE)

#### 1. Origine, contenuto e ambito di applicazione della legge n. 398/1987

Il sistema internazional-privatistico di norme di conflitto vale ovviamente a regolare anche i rapporti di lavoro di lavoratori assunti in Italia ed inviati all'estero. Sulle condizioni di lavoro di questi ultimi incide però la legge n. 398/1987 a tutela dei lavoratori italiani che operano in paesi terzi, cioè non membri dell'UE. Si tratta di una normativa speciale che si applica indipendentemente dalla legge regolatrice del contratto e che quindi può ricondursi al *genus* delle norme di applicazione necessaria di cui all'art. 9 del Regolamento Roma I<sup>210</sup>.

<sup>208</sup> Per questo motivo, in assenza di un atto di autorizzazione, il Ministero del lavoro suggerisce agli ispettori del lavoro di chiedere l'esibizione di un documento equivalente alla visura camerale, avente valore legale nel paese di stabilimento (cfr. *Vademecum ad uso degli ispettori*, cit., p.37).

<sup>209</sup> L'abrogato art. 2, comma 2, lett. a), legge n. 196/1997 che prevedeva l'obbligo di costituire una sede o succursale sul territorio italiano e imponeva un deposito cauzionale in un istituto di credito italiano, è costato all'Italia la censura della Corte di giustizia nella sentenza Corte giust. CE, 7 febbraio 2002, C-279/00, *Commissione c. Repubblica Italiana*.

<sup>210</sup> Così, con riferimento alla Convenzione di Roma, U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit., p. 179, che richiama anche altre disposizioni finalizzate ad assicurare una speciale protezione ai lavoratori italiani occupati fuori dal territorio nazionale, quali l'art. 4, legge n.

La legge n. 398/1987 (di conversione del d.l. n. 317/87) trova la sua origine nella sentenza della Corte Costituzionale n. 369 del 1985<sup>211</sup>, con la quale le norme che limitavano la copertura previdenziale agli italiani operanti in Italia (art. 1 e 4, d.p.r. n. 1124/65 e art. 1, r.d.l. n. 1827/35) sono state censurate perché in contrasto con la finalità di tutela del *“lavoro italiano all'estero”* sancita dall'art. 35, 3° comma, Cost. Benché la necessità di intervenire per via legislativa riguardasse solo i profili previdenziali del rapporto, il legislatore, al termine di un tormentato iter normativo<sup>212</sup>, ha esteso il regime di tutela anche ai profili sostanziali<sup>213</sup>. Ne è derivata una disciplina caotica<sup>214</sup>, della quale è difficile fornire un'interpretazione capace di salvarne l'interna coerenza sistematica.

Nella sua parte previdenziale, la legge dispone l'obbligatoria iscrizione al sistema nazionale di assicurazioni sociali per quei lavoratori impiegati in paesi con i quali l'Italia non sia legata da accordi di sicurezza sociale (art. 1, 1° comma), individuando le specifiche modalità di applicazione dei regimi assicurativi (art. 3) ed i criteri della contribuzione, che viene calcolata sulla base della retribuzione convenzionalmente stabilita con decreto dal Ministero del lavoro (art. 4)<sup>215</sup>.

L'invio in paesi terzi è condizionato al rispetto di uno speciale regime di collocamento (art. 1, 4° comma) ed al rilascio di un'autorizzazione da parte del Ministero del lavoro a fronte di specifici impegni assunti dal datore nel contratto di lavoro (art. 2); *in primis* quello di garantire al lavoratore un *“trattamento economico-normativo [...] complessivamente non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi di lavoro vigenti in Italia per la categoria di appartenenza”* (art. 2, 4° comma, lett. b)).

Lo speciale regime di collocamento di cui all'art. 1, 4° comma, prevede un obbligo di iscrizione in apposite liste gestite *“dall'Ufficio regionale del lavoro del luogo di residenza”* (oggi Direzione regionale del lavoro) per i lavoratori italiani *“disponibili a svolgere attività all'estero”*<sup>216</sup>, al fine di ottenere il rilascio del nulla osta all'assunzione. La norma va però ritenuta abrogata dall'art. 1-bis,

---

135/1977 che tutela i marittimi imbarcati da armatori stranieri su navi straniere e l'art. 26, legge n. 49/1987 relativo ai lavoratori assunti a termine dal Ministero degli esteri per attività di cooperazione in paesi in via di sviluppo.

<sup>211</sup> Corte cost. 30 dicembre 1985, n. 369, in *Foro it.*, 1986, I, c. 863.

<sup>212</sup> Lo ripercorre P. MAGNO, *Il lavoro all'estero*, cit. p. 155 ss.

<sup>213</sup> G. PROIA, *Il lavoro italiano all'estero*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, Milano, 2009, p. 1212 giustifica l'estensione con la necessità di *“evitare di incorrere in un'applicazione parziale del principio sancito dall'art. 35 comma 4 Cost”*; un'osservazione che solleva il delicato problema del possibile potenziale contrasto tra la norma costituzionale (e la legislazione che la attua) ed il Regolamento Roma I, dal momento che quest'ultimo pone limiti al potere statale di estendere l'applicazione degli standard di tutela interni al di fuori del territorio nazionale.

<sup>214</sup> Così P. MAGNO, *Il lavoro all'estero*, cit. p. 156, in sintonia con il resto della dottrina.

<sup>215</sup> La ripartizione in livelli retributivi ai fini previdenziali è definita discrezionalmente dal Ministero, che non è vincolato da quanto previsto dai contratti collettivi e dall'art. 2095 c.c. (cfr. Cass. 13 luglio 2009, n. 16336, in *Mass. giur. it.* 2009). Sui profili previdenziali della legge n. 398/1987 cfr. G. PROIA, *Il lavoro italiano*, cit., p. 1224 ss. e G. MARGIOTTA, *In tema di tutela previdenziale dei lavoratori italiani all'estero*, in *Dir. lav.*, 1988, II, p. 72. Il problema della tutela previdenziale non si pone ovviamente per i lavoratori inviati in paesi dell'UE, per i quali vige il regime di coordinamento tra sistemi di sicurezza sociale oggi contenuto nel Regolamento (CE) n. 883/2004 e nel successivo Regolamento d'attuazione n. 988/2009.

<sup>216</sup> Il termine *“estero”* in tutta la legge è utilizzato come sinonimo di paese terzo; le disposizioni della legge n. 398/1987 non specificano il luogo di destinazione, ma i dubbi circa la loro riferibilità ai paesi UE (G. PROIA, *Il lavoro italiano all'estero*, cit., p. 1212) non dovrebbero sussistere, posta l'inevitabile lesione della libertà di circolazione garantita dall'ordinamento comunitario che ne conseguirebbe. Il riferimento che la legge fa ai soli lavoratori *“italiani”* va invece interpretato estensivamente, per comprendervi sia i lavoratori di altri paesi UE che di paesi non-UE legalmente soggiornanti in Italia, in virtù del divieto di discriminazione imposto per i primi dal diritto dell'UE e per i secondi dall'art. 2 comma 3, d.lgs. n. 286/98 (così B. DE MOZZI, *Il lavoro con profili*, cit. p. 2115).

comma 3, d.lgs. n. 181/2000 (inserito dall'art. 2, d.lgs. n. 297/2002), che sopprime tutte le liste di collocamento ordinarie e speciali, con eccezioni che non comprendono quella in questione<sup>217</sup>.

La procedura di autorizzazione dettata dall'art. 2 riguarda sia i lavoratori assunti sul territorio nazionale per lavorare all'estero sia quelli che vi siano trasferiti successivamente “*per l'esecuzione di opere, commesse o attività lavorative*” (art. 1, 2° comma). Va poi aggiunta l'ipotesi del lavoratore distaccato “*presso consociate estere*”, espressamente richiamata dall'art. 2, 4° comma, lett. a). La legge individua anche i datori vincolati al rispetto della procedura di autorizzazione, con una disposizione inutilmente articolata che finisce per identificare qualsiasi datore di lavoro italiano o straniero, naturalmente sempre che proceda all'assunzione sul territorio italiano<sup>218</sup>.

Secondo una consolidata interpretazione dottrinale, resta fuori dal sistema di garanzia della legge il lavoratore inviato in trasferta all'estero<sup>219</sup>. Ciò si ricaverebbe dal fatto che alla trasferta la stessa legge dedica una disposizione specifica (art. 5), al fine di regolare il regime previdenziale dell'indennità ad essa connessa<sup>220</sup>, distinguendo così tale ipotesi da quella del trasferimento richiamata dall'art. 1, 2° comma. Più in generale, la trasferta, per il suo carattere di contingenza ed eccezionalità, non pare compatibile con la complessità e la durata del regime autorizzatorio configurato dalla legge.

La stessa legge sembra però contraddire tale conclusione nel richiamare l'ipotesi di invio all'estero “*per l'esecuzione di opere e commesse*” che, implicando una presenza temporanea e non definitiva al di fuori del territorio nazionale, dovrebbe qualificarsi come trasferta nell'accezione che al termine è tradizionalmente attribuita dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritaria<sup>221</sup>. E d'altra parte lo stesso riferimento al distacco presso consociata estera conferma l'applicabilità della legge ad ipotesi di mobilità che, non comportando un definitivo cambiamento del luogo di lavoro, non sono certamente riconducibili ad un trasferimento. La contraddizione si risolve se, con la dottrina maggioritaria, si considera la nozione di trasferimento adottata dal legislatore dell'87 non sovrapponibile a quella elaborata dalla giurisprudenza sulla base dell'art. 2103 c.c.<sup>222</sup>.

## 2. L'autorizzazione all'espatrio e l'applicazione del contratto collettivo

Spetta al Ministero del lavoro autorizzare l'assunzione o il trasferimento all'estero del lavoratore

<sup>217</sup> In questo senso L. CALAFÀ, *Legge 3 ottobre 1987, n. 398. Art. 1*, in M. GRANDI-G. PERA (a cura di), *Commentario breve*, cit., p. 1039.

<sup>218</sup> Cfr. P. MAGNO, *Il lavoro all'estero*, cit., p. 162 che osserva come da una parte il riferimento generico ai datori stranieri di cui all'art. 1, comma 2, lett. d) assorba le ipotesi di cui alle lett. b) e c), dall'altra come il limite dei datori residenti, domiciliati o con sede in Italia di cui alla lett. a) sia illogico e contrario alla *ratio* della legge.

<sup>219</sup> P. MAGNO, *ult. cit.*, p. 158; G. PROIA, *Il lavoro italiano*, cit., p. 1213; F. BASENGHI, *Il trasferimento del lavoratore*, cit., p.123; G. SANTORO PASSARELLI, *Il trasferimento economico del lavoratore all'estero*, in *Dir. lav.*, 1991, p. 526.

<sup>220</sup> L'art. 5, 1° comma, legge n. 398/1987 esclude l'indennità di trasferta dalla retribuzione imponibile “*per una quota pari all'ammontare esente dall'imposta sul reddito delle persone fisiche*”.

<sup>221</sup> Per tutti, cfr. in merito S. MARETTI, *Sulla trasferta del lavoratore e sua distinzione rispetto al trasferimento*, in *Mass. giur. lav.*, 2002, p. 9 ss. e la giurisprudenza ivi citata.

<sup>222</sup> G. PROIA, *Il lavoro italiano*, cit. p. 1214; R. SCOGNAMIGLIO, *Quando il lavoratore va all'estero: le indennità*, in *Mass. giur. lav.*, 1988, p.564; G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento economico*, cit., p. 527; M. OFFEDDU-D. GOTTARDI, *Lavoratori italiani*, cit., p.5. Diversamente F. BASENGHI, *Il trasferimento del lavoratore*, cit., p.125-126, il quale nega l'esistenza di una “*terza fattispecie di trasferimento temporaneo*” creata dalla legge n. 398/87 e, per salvare la coerenza sistematica della legge, fa propria una nozione lata di trasferimento ex art. 2103 c.c. tale da potersi ricondurre anche le ipotesi di prolungata permanenza all'estero per tutto il tempo dell'esecuzione dell'“*opera o commessa*”, cui il legislatore fa riferimento.

italiano, a seguito di una procedura regolata da un d.m. del 1988<sup>223</sup>, solo in parte semplificata dal d.p.r. n. 346/1994 (modificato a sua volta dal d.p.r. n. 247/1997). Anche il Ministero degli affari esteri è coinvolto nella procedura, dovendo trasmettere al Ministero del lavoro parere in merito alle “*condizioni generali*” (politico, sociali, sanitarie ed economiche) del paese di destinazione, che devono essere tali da offrire idonee garanzie di sicurezza per il lavoratore (art. 2, 3° comma, legge n. 389/1987)<sup>224</sup>.

L'intero iter procedurale può durare 75 giorni (90 se il datore è all'estero), termine per il perfezionamento del c.d. silenzio accoglimento. Una proroga di ulteriori 30 giorni è possibile in caso sia necessario integrare la documentazione da parte del datore. Sulla base di tale documentazione e di quanto dichiarato dal datore nella domanda, il Ministero deve accertare la sussistenza delle condizioni di legge. Il datore è infatti tenuto ad assumersi una serie di obblighi nei confronti del lavoratore, relativi ai trasferimenti di valuta in Italia, alla sistemazione logistica, all'assicurazione per i viaggi ed alle misure da adottare a tutela dell'igiene e sicurezza sul lavoro (art. 2, 4° comma, lett. c), d), e), f)). Ad essi, come anticipato, si aggiunge l'obbligo di assicurare un “*trattamento economico- normativo [...] complessivamente non inferiore*” agli standard fissati dai vigenti contratti collettivi di categoria e di indicare espressamente l'entità delle prestazioni aggiuntive connesse con lo svolgimento all'estero del lavoro (c.d. indennità estero) (art. 2, 4° comma, lett. b)).

I datori di lavoro che hanno adottato “*contratti-tipo*” concordati con le confederazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale accedono ad una procedura semplificata che si conclude entro 30 giorni dalla presentazione della domanda (art. 2, 5° comma)<sup>225</sup>. Solo “*in eccezionali casi di comprovata necessità ed urgenza*” è possibile trasferire all'estero il lavoratore prima che l'autorizzazione sia stata rilasciata, previa comunicazione al Ministero del lavoro o degli affari esteri entro i tre giorni precedenti il trasferimento (art. 2, 6° comma). Al di là di quest'ipotesi, l'impiego non autorizzato di lavoratori all'estero comporta la sanzione dell'ammenda (da 258 a 1032 euro) e, nei casi più gravi, dell'arresto (da tre mesi ad un anno) (art. 2-bis, 2° comma). Sanzioni più elevate sono previste per chi svolge attività di mediazione (art. 2-bis, 1° comma)<sup>226</sup>, oggi s'intende se non autorizzata ai sensi dell'art. 4, d.lgs. n. 276/2003.

Dubbi di legittimità costituzionale (*sub* art. 39 Cost.) e di coerenza con le generali regole di diritto internazionale privato originano dal disposto di cui all'art. 2, 4° comma, lett. b) con il quale si impone il rispetto di quanto previsto dai contratti collettivi di categoria. Da più parti si è rilevato che la norma non prevede la diretta applicazione del contratto collettivo ai contratti di lavoro di chi si reca fuori dal territorio nazionale, indipendentemente dall'affiliazione sindacale delle parti, ma si limita a fissare un parametro di riferimento per identificare il *quantum* di tutela minima al di sotto del quale il legislatore considera lesi i diritti del lavoratore italiano all'estero, garantiti

<sup>223</sup> Si tratta del d.m. 16 agosto 1988 “*Documentazione da produrre in allegato alle domande al reclutamento ed all'espatrio di lavoratori italiani*”, in G.U. 224 del 23.9.1988.

<sup>224</sup> Il parere non è necessario per i paesi inclusi in un apposito elenco predisposto annualmente dallo stesso Ministro degli esteri in base all'art. 4, d.p.r. n. 346/1994.

<sup>225</sup> Il termine è prorogato fino a 90 giorni se i Ministeri competenti reputano necessario procedere ad ulteriori accertamenti.

<sup>226</sup> In merito al regime sanzionatorio, cfr., G. MORGANTE, *Legge 3 ottobre 1987, n. 398. Art. 2*, in M. GRANDI- G. PERA (a cura di), *Commentario breve*, cit., p. 1043 ss.

costituzionalmente (ex art. 35, 4° comma Cost.), al pari di quanto avviene per il diritto all'equa retribuzione di cui all'art. 36 Cost.<sup>227</sup>. Il paragone con il meccanismo di estensione dell'efficacia dei contratti collettivi fondato sull'art. 36 Cost. tuttavia non convince pienamente, visto che la nota giurisprudenza che lo adotta si giustifica in ragione dell'assenza di disposizioni di legge in materia di minimi retributivi. La legge n. 398/1987 rinvia invece all'intera parte economico-normativa del contratto collettivo, adottando questa come parametro per garantire tutele superiori agli standard di legge. Un tale meccanismo di rinvio al contenuto dei contratti collettivi può certo definirsi "indiretto", ma resta di dubbia costituzionalità; né può ritenersi legittimato dall'art. 35, 4° comma Cost. per il dirimente motivo che la norma costituzionale non si occupa di contratti collettivi, rispetto ai quali vale per il lavoratore all'estero quanto vale per la generalità dei lavoratori.

Per giustificare sul piano costituzionale il disposto in parola occorre piuttosto considerare il parametro *de quo* come condizione posta alla regolarità di un procedimento amministrativo<sup>228</sup>, configurandolo così un onere analogo a quello previsto nell'ambito degli appalti pubblici. In questo caso però, la mancanza dell'atto amministrativo (l'autorizzazione ministeriale) non impedisce lo svolgimento dell'attività all'estero, né produce effetti sul contratto di lavoro. La violazione della legge comporta soltanto l'applicazione delle sanzioni a carico del datore e l'unico effetto sul piano del rapporto di lavoro è quello di legittimare il rifiuto del lavoratore ad essere trasferito, anche in presenza di un impegno in tal senso preventivamente assunto nel contratto<sup>229</sup>.

La comparazione tra i trattamenti va condotta in termini globali, dovendo essere quello assicurato dal datore "*complessivamente*" non inferiore a quello ricavabile dal CCNL. L'espressione usata dal legislatore dell'87 ricalca quella adotta dall'art. 23, d.lgs. n. 276/2003 per garantire la parità di trattamento tra lavoratori somministrati e dipendenti dell'utilizzatore, ed induce ad escludere la tecnica di comparazione tra istituti e tra clausole a favore di quella del c.d. conglobamento<sup>230</sup>. Si tratta di una scelta imposta dalla necessità di discostarsi dal contratto collettivo in ragione di un suo adattamento allo specifico contesto ambientale nel quale il lavoro viene svolto, il che può comportare anche la disapplicazione di istituti e clausole con esso incompatibili.

La medesima esigenza si è visto essere riconosciuta nella giurisprudenza relativa alla c.d. extra-territorialità dei contratti collettivi (parte I, par. 9). Ed in ultima analisi questo è il fine che s'intende perseguire con la norma in esame: garantire ai lavoratori italiani all'estero un trattamento

<sup>227</sup> Cfr. G. FERRARO, *Il contratto collettivo all'estero*, cit., p. 129; F. BASENGHI, *Il trasferimento del lavoratore*, cit. p.95; G. MANNAICCO, *L'applicazione del contratto*, cit. p. 2920; F. SANTONI, *La tutela della personalità del lavoratore all'estero*, in Id., *Rapporti speciali di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 148.

<sup>228</sup> Come osserva P. MAGNO, *Il lavoro all'estero*, cit. p. 169 "il trattamento indicato è semplice condizione di regolarità dell'espatrio in un Paese extracomunitario per lavoro ed ha, comunque, natura non imperativa. Analogamente A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, cit., p. 173.

<sup>229</sup> Ancora P. MAGNO, ult. cit., p. 170 e 178 (in merito al requisito del consenso, cfr. *infra* paragrafo 3).

<sup>230</sup> G. PROIA, *Commento all'art. 2*, in *Nuove leggi. civ. comm.*, 1988, p. 798; G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento economico*, cit., p. 526; F. BASENGHI, *Il trasferimento del lavoratore*, cit. p. 22; P. MAGNO, ult. cit., p. 170; sul giudizio di comparazione di cui all'art. 23, d.lgs. n. 276/03, cfr. S. CIUCCIOVINO, *Tutela del prestatore di lavoro, potere disciplinare e regime della solidarietà*, in M.T. CARINCI- C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda, Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n.276 coordinato da F. Carinci*, Ipsoa, Milano, 2004, p. 101 ss.

analogo a quello previsto dal contratto collettivo, indipendentemente dal fatto che a questo sia o meno vincolato il datore di lavoro e qualunque sia la legge applicabile al rapporto<sup>231</sup>.

È difficile allora negare che l'art. 2, 4° comma, lett. b), legge n. 398/87 finisca, di fatto, per alterare il gioco delle norme di conflitto internazional-privatistiche. A questa conclusione si perviene anche senza convenire con quella dottrina che associa l'obbligo di rispettare i contratti collettivi alla necessaria applicazione delle norme imperative che questi presuppongono<sup>232</sup>; una lettura che prova troppo, non sussistendo, come detto, un obbligo di applicazione diretta del contratto collettivo, e che finirebbe per impedire *in toto* il funzionamento dei criteri di collegamento oggi dettati dal Regolamento Roma I<sup>233</sup>.

È vero dunque che la disposizione in esame non ha rilievo internazional-privatistico perché non incide direttamente sulla legge applicabile, limitandosi ad imporre al datore di recepire nel contratto di lavoro un contenuto che tenga conto degli standard fissati dal contratto collettivo di categoria; ed è parimenti vero che il giudizio in merito all'efficacia ed all'applicazione delle clausole contrattuali così definite sarà effettuato in base alla normativa applicabile<sup>234</sup>. Non può tuttavia ignorarsi come il rispetto della norma in questione configuri, in concreto, due possibili situazioni: o il datore specifica nel contratto individuale il trattamento che intende garantire al lavoratore in relazione ai diversi istituti regolati dal contratto collettivo, al fine di permettere il giudizio di comparazione; o, più verosimilmente, richiamerà le clausole del contratto collettivo dichiarando di attenervisi, salvo l'assunzione di specifici obblighi connessi con il luogo di svolgimento dell'attività. Questa seconda situazione si verifica sempre nel caso di adozione di "contratti-tipo" di cui all'art. 2, 5° comma, che altro non sono se non i contratti di categoria integrati dall' "indennità estero" (imposta dallo stesso art.2, 4° comma, lett. b)) e da specifiche disposizioni di "adattamento" al contesto locale (relative a festività, orari, vitto, alloggio e spese sanitarie)<sup>235</sup>.

In entrambi i casi, ciò sembra inevitabilmente implicare la scelta della legge applicabile. D'altra parte il rispetto degli obblighi previsti dalla procedura di autorizzazione finisce quanto meno per costituire un indizio dell'implicita volontà delle parti di regolare il rapporto in base alla legislazione italiana, come si ricava dalla stessa giurisprudenza di Cassazione<sup>236</sup>.

Anche escludendo un simile esito, le clausole del contratto individuale garantiranno comunque l'effetto di impedire l'applicazione di eventuali disposizioni di legge del paese d'invio deputate a regolare diversamente gli istituti oggetto della parte normativa del contratto collettivo di categoria.

### 3. Presupposti e limiti del potere del datore di inviare il lavoratore all'estero: il requisito del consenso

<sup>231</sup> Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *ibidem*, per il quale la legge 398/87 "neutralizza gli effetti della mancata applicazione del contratto collettivo".

<sup>232</sup> P. MAGNO, *La disciplina del lavoro italiano all'estero dopo l'entrata in vigore della Convenzione di Roma del 1980*, in *Dir. lav.*, 1992, p. 36 e, analogamente, F. SANTONI, *La tutela della personalità*, cit., p. 147.

<sup>233</sup> Così, B. DE MOZZI, *Il lavoro con profili*, cit., p. 2124.

<sup>234</sup> C. PONARI, *Il rapporto tra legge*, cit., p. 117.

<sup>235</sup> F. SANTONI, *La tutela della personalità*, cit., p. 129.

<sup>236</sup> Cfr. Cass., 15 luglio 2010, n. 16579, cit., nella quale i giudici di legittimità deducono proprio dal rispetto degli obblighi posti dalla legge n. 389/87 (in concorso con altri elementi) la volontà implicita delle parti di applicare la legge italiana (*supra* nt. 93).

L'invio all'estero del lavoratore presuppone l'esercizio da parte del datore del potere di modificare il luogo di esecuzione della prestazione. Si pone il problema di chiarire se l'art. 2103 c.c. sia invocabile nel caso di specie oppure se tale norma presupponga spostamenti del lavoratore interni al territorio nazionale, con conseguente configurazione di una diversa e autonoma disciplina per la fattispecie della mobilità verso l'estero.

La giurisprudenza di legittimità ha costantemente subordinato l'esercizio del potere datoriale all'acquisizione del consenso del lavoratore, indipendentemente dalla natura definitiva o provvisoria della permanenza nel paese di destinazione<sup>237</sup>. In dottrina si è giustificato un simile orientamento considerando che l'invio all'estero incide in maniera sostanziale sugli equilibri contrattuali, tanto da comportare un cambiamento delle condizioni di vita personale, familiare e sociale del lavoratore<sup>238</sup>. L'assenso del lavoratore si configurerebbe come requisito essenziale della fattispecie. Un requisito assente nella disciplina di cui all'art. 2103 c.c. che garantisce al datore un potere unilaterale di modificare il luogo di lavoro. Da ciò la conclusione che quest'ultima norma non varrebbe a regolare i trasferimenti al di fuori del territorio nazionale<sup>239</sup>.

Questa conclusione è contraddetta da quanti negano che lo svolgimento del lavoro all'estero possa condizionare l'applicabilità dell'art. 2103 c.c., considerando che a tale circostanza non è attribuito dal disposto in questione alcun rilievo. Ne conseguirebbe l'irrilevanza del consenso del lavoratore, salvo diversa pattuizione in merito, e la necessità di procedere all'accertamento delle "comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive" richieste dalla norma codicistica<sup>240</sup>. Accertamento che andrà condotto con particolare attenzione, proprio in ragione degli effetti che il trasferimento all'estero può produrre sulle condizioni di lavoro e di vita del lavoratore<sup>241</sup>. Diversa naturalmente sarebbe la disciplina della trasferta all'estero, potendo questa essere disposta non solo unilateralmente ma anche arbitrariamente<sup>242</sup>.

Questa seconda soluzione non si traduce in minori garanzie per il lavoratore, dal momento che sancendo l'irrilevanza dell'assenso del lavoratore al trasferimento si nega la configurabilità di una deroga pattizia ai vincoli dettati da una norma imperativa. E d'altra parte la prassi testimonia che

<sup>237</sup> Quest'orientamento è seguito qualunque sia la qualificazione adottata in merito alla c.d. assegnazione all'estero (trasferta, trasferimento o *tertium genus*): cfr. Cass. Sez. Un., 8 giugno 1983, n. 3926, in *Giust. civ.*, 1984, I, p.1250, con nota di M. PAPALEONI, *Punti fermi sull'indennità di missione all'estero*, nella quale la Corte, discutibilmente, presuppone la provvisoriété di qualsiasi invio all'estero; mentre Cass., 27 luglio 1986, n. 4859 e Cass., 25 febbraio 1987, n. 2015, in *Mass. giur. lav.* 1987, p.48 ss., più correttamente, nell'ammettere il "trasferimento" all'estero ne prospettano la natura speciale se di carattere non "definitivo" (in merito a tale giurisprudenza cfr. G. PERONE- M. T. SPADAFORA, *Lavoro all'estero*, cit. pp. 424-425).

<sup>238</sup> G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento economico*, cit., p. 524; P. MAGNO, *Il lavoro all'estero*, cit. p. 326; F. SANTONI, *La tutela della personalità*, cit., p. 145; G. PERONE- M. T. SPADAFORA, ult. cit., p. 425.

<sup>239</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Quando il lavoratore*, cit., p. 565; G. SANTORO PASSARELLI, ult. cit., p. 524; G. PROIA, *Commento all'art. 2*, cit., p. 794.

<sup>240</sup> F. BASENGHI, *Il trasferimento del lavoratore*, cit., p. 108 e R. ROMEI, *Sul trasferimento all'estero*, cit., p. 102.

<sup>241</sup> Cfr. F. BASENGHI, ult. cit., pp. 132-133 che suggerisce di valorizzare quell'interpretazione dell'art. 2103 c.c. che fa leva sulle esigenze di promozione della professionalità (M. V. BALLESTRERO, in AA.VV., *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori*, F. Angeli, Milano, 1973, p. 178) e che impone un giudizio comparativo tra scelta aziendale e disagi subiti dal lavoratore (E. GHERA, *Mobilità introaziendale e limiti dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, in *Mass. giur. lav.*, 1984, p. 406).

<sup>242</sup> Salvo ritenere, con R. ROMEI, *Sul trasferimento all'estero*, cit., p. 90 ss., che anche l'istituto della trasferta rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 2103 c.c., in sintonia con quell'autorevole dottrina minoritaria che fa leva sul dato testuale della norma come riscritta dallo Statuto dei lavoratori (cfr. F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Giuffrè, Milano, 1982, p.275 ss.; C. CESTER, *Unità produttiva e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 1983, p.236 ss.; M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 444 ss.)

il consenso preventivo viene quasi sempre acquisito, come dimostra la sostanziale assenza di contenzioso in merito<sup>243</sup>.

Proprio la considerazione dell'inderogabilità del disposto di cui all'art. 2103 c.c. induce a suggerire una terza soluzione in merito alla disciplina regolatrice della c.d. assegnazione all'estero. Posto che i vincoli statuari trovano applicazione laddove ne ricorrano i presupposti, la peculiarità della fattispecie porta a non considerare sufficiente la sussistenza delle ragioni oggettive giustificatrici del trasferimento all'estero ed a richiedere l'acquisizione "anche" del consenso del lavoratore<sup>244</sup>. Il requisito della necessaria volontarietà del trasferimento non rende inapplicabile l'art.2103 c.c., non essendo incompatibile con la previsione di nullità dei patti di cui al 2° comma del medesimo articolo, che opera unilateralmente a favore del lavoratore<sup>245</sup>.

Quest'ultima soluzione non è contraddetta dalla legge n. 398/1987, ma anzi in essa può trovare conferma. La procedura di cui all'art. 2 implica l'acquisizione del consenso del lavoratore all'invio all'estero, quanto meno al momento della stipula del contratto<sup>246</sup>. Ciò non configura una disciplina speciale del trasferimento sostitutiva di quella generale dettata dall'art. 2103, la cui applicazione non è incompatibile con il procedimento di autorizzazione. Lo conferma il fatto che nella domanda sulla cui base questo viene attivato, il datore è tenuto ad indicare il "titolo giuridico" sul quale si fonda l'attività da svolgere all'estero, ovvero è chiamato a giustificare le ragioni oggettive del trasferimento<sup>247</sup>.

La legge neppure fornisce un argomento *a contrario* a conferma dell'irrelevanza del consenso nelle sole ipotesi di trasferimenti verso paesi dell'UE, rispetto ai quali semplicemente non dispone alcunché. L'opposta soluzione prospettata in dottrina (coerente con l'assunto da cui muove)<sup>248</sup> potrebbe giustificarsi nella prospettiva dell'integrazione europea<sup>249</sup>. Essa però perde di ragionevolezza se solo se ne considerano gli effetti pratici in caso di trasferimento (ad esempio) di un lavoratore milanese in Svizzera (paese terzo, per il quale il consenso sarebbe richiesto) e di uno palermitano in Estonia (Stato membro, per il quale il consenso sarebbe irrilevante).

La legge n. 398/1987 suggerisce piuttosto di considerare il suo ambito di applicazione al fine di identificare le ipotesi nelle quali il consenso debba essere acquisito anche in caso di lavoro svolto in paesi dell'UE, visto che una diversa soluzione implicherebbe un elemento di incertezza e di complicazione nella disciplina tale da minarne ulteriormente la coerenza sistematica. Da ciò la conclusione che il consenso andrebbe richiesto anche a fronte di "trasferimenti" non definitivi,

<sup>243</sup> Sul punto cfr. le osservazioni di R. SCOGNAMIGLIO, *Quando il lavoratore*, cit., p. 565. La questione è incidentalmente affrontata nelle sentenze citate in nota 237 e non costituisce oggetto delle controversie.

<sup>244</sup> In questo senso cfr. P. MAGNO, *Il lavoro all'estero*, cit., p. 310; F. SANTONI, *La tutela del lavoratore*, cit., p. 145; G. PERONE- M. T. SPADAFORA, *Lavoro all'estero*, cit., p. 426.

<sup>245</sup> Tra gli altri, cfr. E. GHERA, *Mobilità introaziendale*, cit., p. 82.

<sup>246</sup> F. BASENGHI, *Il trasferimento del lavoratore*, cit., p. 119; M. BROLLO, *La mobilità interna*, cit., p. 586; G. PROIA, *Il lavoro italiano*, cit. p. 1214; G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento economico*, cit., p. 524; *contra* G. PERONE- M. T. SPADAFORA, *Lavoro all'estero*, cit., p. 426 secondo i quali la legge imporrebbe una generica disponibilità all'espatrio e non il previo consenso al trasferimento all'estero, deducibile invece dai principi generali.

<sup>247</sup> Cfr. in merito quanto dispone il d.m. attuativo del 16 agosto 1988.

<sup>248</sup> F. BASENGHI, *Il trasferimento del lavoratore*, cit., p. 127.

<sup>249</sup> M. BROLLO, *La mobilità interna*, cit. p. 388. Il requisito del consenso del lavoratore potrebbe essere letto come un intralcio alla libera prestazione dei servizi, ma solo quando il trasferimento si realizza nell'ambito di un scambio di natura commerciale tra due imprese.

ma realizzati per compiere “*opere e commesse all'estero*”; ovvero anche in ipotesi di mobilità nelle quali la giurisprudenza non reputa applicabile l'art. 2103 c.c.

Quanto sin qui detto vale anche a risolvere il problema dell'applicabilità della disciplina di cui agli artt. 29 e 30, d.lgs. n. 276/2003 relativa ai requisiti di legittimità dell'appalto e del distacco; quest'ultimo per altro ricondotto espressamente nell'ambito di applicazione della legge n. 389/1987 (seppur solo con riferimento al distacco presso “*consociate estere*”)<sup>250</sup>. L'eventuale necessità di acquisire il consenso del lavoratore non esclude la rilevanza dei presupposti sostanziali posti dal d.lgs. n. 276/2003 a fondamento dell'esercizio del potere datoriale<sup>251</sup>. È vero però che l'effetto pratico di tale conclusione è pressoché nullo, considerando le conseguenze che l'assenza dei presupposti di legge di cui agli artt. 29 e 30 determina sul rapporto di lavoro, di segno opposto rispetto a quelle derivanti dalla violazione dell'art. 2103 c.c. Se in quest'ultimo caso il lavoratore espatriato acquisisce il diritto al ritorno in Italia, esercitabile nei confronti del datore di lavoro che ha deciso il trasferimento, nel primo acquisirebbe il “paradossale” diritto a restare a tempo indefinito all'estero; un diritto per altro nei fatti inesigibile e comunque inesequibile nei confronti dell'utilizzatore straniero.

#### 4. L'indennità estero: natura, computabilità e irriducibilità

Tra le condizioni poste dalla legge n. 398/1987 per il rilascio dell'autorizzazione vi è l'obbligo per il datore di indicare “*distintamente [...] l'entità delle prestazioni in denaro o in natura connesse con lo svolgimento all'estero del rapporto di lavoro*” (art. 2, 4° comma, lett. b)). In tal modo il legislatore rende obbligatorio ciò che per prassi consolidata caratterizza l'invio all'estero del lavoratore, anche in paesi dell'UE: di norma infatti ad essi viene convenzionalmente riconosciuta una specifica indennità che si aggiunge alla normale retribuzione (c.d. indennità estero).

Il disposto in parola non risolve però la controversa questione della natura da riconoscere a tale emolumento, in merito alla quale si è sviluppata un'ampia e non univoca giurisprudenza. Si tratta di capire se con quanto corrisposto al lavoratore s'intende risarcirlo delle maggiori spese che il trasferimento implica o s'intende riconoscergli un incremento retributivo. L'importanza della questione si coglie sul piano delle conseguenze che la natura retributiva o risarcitoria dell'indennità produce sulle voci indirette della retribuzione: in primo luogo sul TFR<sup>252</sup>, dal momento che, analogamente quanto previsto per la “vecchia” indennità di anzianità, i rimborsi spese restano esclusi dalla sua base di calcolo (art. 2120, 2° comma c.c.)<sup>253</sup>.

<sup>250</sup> Tale delimitazione è oggetto delle considerazioni critiche di P. MAGNO, *Il lavoro all'estero*, p. 308 ss.

<sup>251</sup> L'opinione che l'art. 30, d.lgs. n. 276/03 si applichi ai distacchi transnazionali operati dall'Italia è prevalente in dottrina: cfr. G. PROIA, *Il lavoro italiano*, cit., p. 1223, che pur giunge ad opposte conclusioni in relazione all'art. 2103 c.c. e U. CARABELLI, *Europa dei mercati*, cit. p. 32 seppur in relazione al distacco intra-comunitario; *contra* B. De MOZZI, *Il lavoro con profili*, cit., p. 2117 che ritiene la disciplina “speciale” della legge n. 398/87 prevalente su quella generale dettata dal d.lgs. n. 276/03.

<sup>252</sup> Maturando il TFR durante il rapporto di lavoro, l'eventuale conversione in moneta nazionale va effettuata alla data di ciascun accantonamento annuale (così Cass. 24 febbraio 1993, n. 2255, cit.).

<sup>253</sup> Consolidata appare invece la giurisprudenza che riconosce il carattere “*continuativo*” (in base al vecchio testo dell'art. 2120 c.c.) o “*non occasionale*” (in base alla “nuova” formulazione della medesima norma) dell'indennità in questione, presupposto per poter valutare la sua possibile inclusione nella base di calcolo dell'indennità di anzianità (nel primo caso) e del TFR (nel secondo): tra le altre, cfr. Cass. 22 ottobre 2003, n. 15841, in *Notiziario giur. lav.*, 2004, p.337 ss. per la quale il requisito della continuità va inteso in senso relativo, non come sinonimo di definitività ma di “*periodicità e ordinarietà dell'erogazione, in contrasto a saltuarietà ed eccezionalità della stessa*”. Il più ampio concetto di “*non occasionalità*” conferma e rafforza tale conclusione, portando ad includere nella base di

Il problema può trovare soluzione nei casi in cui le parti abbiano chiaramente e dettagliatamente individuato le voci di natura risarcitoria, motivandole con le maggiori spese connesse con l'esecuzione della prestazione e sostenute dal lavoratore nell'esclusivo interesse del datore<sup>254</sup>.

Il riferimento alla volontà delle parti non è però quasi mai risolutivo<sup>255</sup>. Questa, se espressa in maniera univoca, è certo funzionale all'accertamento dell'effettiva natura e funzione dell'emolumento, ma resta il fatto che il *nomen iuris* scelto dalle parti non può prevalere sulle caratteristiche sostanziali dello stesso<sup>256</sup>. In particolare, le parti non possono escludere dalla base di calcolo del TFR voci di natura retributiva, posto che la nozione "omnicomprensiva" di retribuzione adottata dall'art. 2120, 2° comma c.c. può essere derogata soltanto dalla contrattazione collettiva<sup>257</sup>.

Di norma poi l'indennità estero è definita unitariamente e liquidata in maniera forfettaria, o suddivisa in ulteriori voci (indennità di espatrio, di disagio, complementare...) in merito alle quali si pone di nuovo il problema della loro esatta qualificazione. Da qui il prendere forma nella giurisprudenza di legittimità di due distinti orientamenti.

Secondo il primo, consolidato fino a qualche anno fa, all'indennità estero andrebbe riconosciuta natura composita (o mista), posto che essa usualmente presenta componenti sia risarcitorie che retributive<sup>258</sup>. La natura composita dell'indennità è oggetto di presunzione semplice, superabile dal giudice se l'accertamento in concreto lo porta a concludere diversamente<sup>259</sup>. Nel suo giudizio (insindacabile in sede di legittimità, salvo vizi di motivazione) questi deve prioritariamente tener conto della fonte della missione (consensuale o unilaterale), della già ricordata qualificazione delle parti e delle modalità e durata delle prestazioni<sup>260</sup>. Nell'impossibilità di determinare in che percentuale pesino le due componenti, è legittimo il riferimento, in via equitativa, alla quota esente da contribuzione calcolata in base ai criteri fissati dall'art. 48, 4° comma del Testo unico delle imposte sul reddito (d.p.r. n. 917/1986, come modificato dalla legge n. 85/1995)<sup>261</sup> cui fa indirettamente rinvio l'art. 5 della stessa legge n. 398/87.

Nelle sentenze riconducibili a questo filone giurisprudenziale non vi è però univocità di valutazione in merito alla funzione da riconoscere alle diverse componenti dell'indennità. In particolare

---

calcolo del TFR qualsiasi emolumento correlato, nell'arco dell'anno di riferimento, con il normale svolgimento del rapporto di lavoro (in dottrina cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento economico*, cit., p.529; diffusamente sul tema, R. ROMEI, *Il trasferimento all'estero*, cit., p. 111 ss.).

<sup>254</sup> Cass., 25 novembre 2005, n. 24875, in *Mass. giur. lav.*, 2006, p.594 ss.; Cass., 3 novembre 2000, n. 14388, in *Orient. giur. lav.*, 2000, I, p. 1007 ss.; Cass., 25 febbraio 1986, n. 1174, in *Foro it.*, 1986, I, c.1837.

<sup>255</sup> Per una valorizzazione della volontà delle parti, invece, cfr. R. ROMEI, *Sul trasferimento all'estero*, cit., p. 110.

<sup>256</sup> Cass., 27 gennaio 1994, n. 814, in *Notiziario. giur. lav.*, 1994, p. 615 ss.; Cass., 28 maggio 1985, n. 3232, in *Giust. civ.*, 1985, p. 3087 ss.

<sup>257</sup> Cass., 25 novembre 2005, n. 24875, cit., oggetto delle osservazioni critiche di G. PERONE- M. T. SPADAFORA, *Lavoro all'estero*, cit., p. 429, per i quali "la clausola [del contratto individuale] pur se nulla, va interpretata [...] allo scopo di comprendere quale sia la volontà espressa dalle parti".

<sup>258</sup> In dottrina, tra gli altri, R. SCOGNAMIGLIO, *Quando il lavoratore*, cit. p. 564; G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento economico*, cit., p. 594; F. BASENGHI, *Il trasferimento del lavoratore*, cit., p. 158.

<sup>259</sup> Cass., 4 gennaio 2000, n. 22 in *Riv. it dir. lav.*, 2001, p. 298 ss. con nota di R. FOGLIA, *Nuovi spunti giurisprudenziali sulla natura (retributiva o risarcitoria) dell'indennità estero*.

<sup>260</sup> Cass., 28 febbraio 1992, n. 2425, in *Riv. giur. lav.*, 1992, II, p. 683 ss.; Cass., 26 gennaio 1989, n. 469, *ivi*, II, p. 142 ss.

<sup>261</sup> Cass., 26 gennaio 1989, n. 469, cit., p. 417; Cass. 5 settembre 1987, n. 7218, in *Orient. giur. lav.*, 1988, I, p.235 ss., nelle quali però si applica ancora la regola di carattere generale fissata dall' art. 12, legge n. 153/69 (prima delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 314/1997) che includeva l'indennità di trasferta nella base imponibile nella misura del 50%.

appare oscillante la qualificazione della natura dei compensi erogati a titolo compensativo dei maggiori disagi di carattere morale e materiale che il lavoro all'estero implica. Questa componente dell'indennità (spesso espressamente qualificata come "indennità di disagio") in alcuni casi è qualificata come risarcitoria, al pari di quelle voci direttamente funzionali a reintegrare il lavoratore delle maggiori spese sopportate per rispondere a peculiari e contingenti esigenze del datore<sup>262</sup>. In altre sentenze solo a queste ultime è attribuita natura certamente risarcitoria, mentre si riconosce che quanto corrisposto al lavoratore per compensarlo del disagio ambientale abbia natura retributiva nella misura in cui sia dimostrato il nesso tra tale compenso e la maggior professionalità necessaria per prestare lavoro fuori dai confini nazionali<sup>263</sup>. Nella maggioranza dei casi, infine, si afferma che il compenso per il disagio concorre in ogni caso all'adeguamento della retribuzione, indipendentemente dalla prova circa la sua correlazione con la maggior professionalità richiesta al lavoratore<sup>264</sup>.

La prevalente tendenza a riconoscere che quanto corrisposto per compensare il disagio è parte della retribuzione, ha indotto i giudici di legittimità a dar vita ad un secondo orientamento, in base al quale si attribuisce all'indennità estero natura integralmente retributiva. Con qualche ambiguità residua, si è giunti ad affermare che, pur in presenza di componenti risarcitorie delle maggiori spese sostenute all'estero, non si debba negare il carattere retributivo complessivo dell'indennità<sup>265</sup>. In realtà, la natura retributiva pare doversi considerarsi a sua volta oggetto di una presunzione semplice, salva sempre la possibilità del giudice di accertare che determinate voci sono state espressamente erogate a fini risarcitori, cioè a ristoro di concrete e specifiche spese sostenute dal lavoratore nell'interesse del datore<sup>266</sup>. Lo conferma indirettamente anche la giurisprudenza relativa all'indennità di alloggio, spesso liquidata autonomamente, che continua ad essere qualificata come rimborso spese a meno che la volontà delle parti o le specifiche modalità di erogazione depongano in senso contrario<sup>267</sup>.

L'ampliamento della componente retributiva dell'indennità estero non muta la risposta in merito al diritto del lavoratore di conservarla al rientro in Italia, dal momento che l'irriducibilità della retribuzione garantita dall'art. 2103 c.c. non riguarda necessariamente ogni sua componente, ma solo quelle legate al valore professionale delle mansioni svolte<sup>268</sup>. Non acquisiscono carattere di definitività quelle attribuzioni patrimoniali che compensano particolari rischi e disagi o che trovano giustificazione in contingenti e mutevoli modalità di esecuzione delle mansioni<sup>269</sup>; mentre

<sup>262</sup> Cass., 18 giugno 1991, n. 6911, in *Giust. civ. mass.*, 1991, f. 6; Cass., 9 novembre 1990, n. 10804, in *Riv. giur. lav.*, 1991, II, p. 260 ss.

<sup>263</sup> Cass., 16 gennaio 1996, n. 308, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 561 ss.; Cass., 27 marzo 1996, n. 2756, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2427.

<sup>264</sup> Cass. 12 dicembre 2001, n. 15656 in *Notiziario giur. lav.*, 2002, p. 376; Cass., 3 novembre 2000, n. 14388, in *Orient. giur. lav.*, 2000, p. 1007 ss.; da ultimo, in merito al calcolo dell'indennità di trasferta ai fini contributivi, cfr. Cass., 28 marzo 2011, n.7041, in *Lav. giur.* 2011, 628.

<sup>265</sup> Così, per prima, Cass., 19 febbraio 2004, n. 3278, in *Dir. e prat. lav.*, 2004, p. 2048 con ampia nota ricostruttiva di S. GRECO, *Indennità estero: computabilità nel Tfr*; da ultimo, cfr. Cass., 11 febbraio 2009, n. 3374, in *Guida al lavoro*, 2009, 11, p. 52.

<sup>266</sup> In tal senso cfr. Cass., 25 novembre 2005, n. 24875, cit., p. 594; nella giurisprudenza di merito cfr. Corte d'Appello di Milano 22 febbraio 2007, in *Riv. critica dir. lav.*, 2007, p. 856 ss.

<sup>267</sup> Cass., 5 maggio 2008, n. 10986, in *Suppl. ord. Guida al lavoro*, 2008, p. 55; Cass., 2 marzo 2005, n. 4341, in *Notiziario giur. lav.*, 2005, p. 684.

<sup>268</sup> Resta valida la ricostruzione di O. MAZZOTTA, *Mutamento di mansioni, retribuzioni irriducibili e corrispettività*, in *Foro it.* 1982, I, p. 515, in merito alla quale cfr. le precisazioni di R. ROMEI, *Sul trasferimento all'estero*, cit., p. 119.

<sup>269</sup> Cass., 29 settembre 2004, n. 14443, in *Orient. giur. lav.*, 2004, p.590 ss.; Cass., 25 giugno 1988, n. 4314, in *Notiziario giur. lav.*, 1988, p. 676 ss.

resta intangibile quella parte dell'indennità eventualmente correlata alla maggior professionalità ed alla qualità delle mansioni svolte all'estero<sup>270</sup>.

---

<sup>270</sup> Cass., 3 febbraio 2004, n. 3278, in *Giust. civ. Mass*, 2004, f. 2; Cass., 24 febbraio 1993, n. 2255, in *Mass. giur. lav.*, 1993, p. 239 ss.

*Il tecnico è colui che conosce tutto di un atomo e niente del cosmo, ma pretende di conoscere il cosmo così come conosce l'atomo.*

*Anonimo felsineo*

## **“Provaci ancora, Sam”: ripartendo dall’art. 18 dello Statuto\***

Franco Carinci

1. Un cambio di marcia nella politica del lavoro: dalla molteplicità all’unitarietà tipologica.	56
2. Varianti sul “contratto unico”.	59
3. Il single permanent contract nell’European Employment Commission: Employment in Europe 2010.	62
4. I precedenti stranieri: a) la flexsecurity nell’esperienza danese; b) la flexsecurity at the margin e la “correzione” tentata in Francia.	64
b1) Il Contrat nouvelles embouches e il Contrat première emboche.	67
b2) La rupture conventionnelle.	70
b3) Uno, due, tre ... cento contratti.	71
b4) Politiche attive e passive: supporti formativi ed ammortizzatori sociali.	75
5. Il panorama italiano: luci ed ombre.	76
6. L’impatto ecologicamente insostenibile del contratto unico.	80
7. Congedo.	90

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 138/2012

## 1. Un cambio di marcia nella politica del lavoro: dalla molteplicità all'unitarietà tipologica.

Per il professore universitario che in questo primo scorcio del terzo millennio ha concluso o sta concludendo il suo percorso accademico, riecheggia ancora all'orecchio il *refrain* con cui era solito accompagnare per un quarto di secolo la sua *lectio* sullo Statuto dei lavoratori: un corpo a due anime, la "costituzionale" e la "promozionale", incarnate negli artt. 18 e 19<sup>271</sup>. Un'eco lontana, attutita dal tempo, ch , gi  nel passaggio dall'uno all'altro secolo, quel *refrain* era andato perdendo il suo andante, effetto dei referendum del 1995 e del 2000, sintomi pi  emotivi che razionali di uno stato di sofferenza rispetto all'equilibrio sancito da uno Statuto figlio di un tempo andato: l'art. 19, sfugge al quesito "massimalista" ma esce amputato e stravolto da quello "minimalista"; l'art. 18 sopravvive indenne, ma non senza un duplice *memento* per il legislatore a venire, ad un tempo invito e diffida rispetto ad un suo intervento limitativo. Invito, per il semaforo verde aperto da Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46<sup>272</sup>, secondo cui l'articolo non avrebbe potuto considerarsi "a contenuto costituzionalmente vincolato", perch , a dirla con le sue stesse parole, «l'eventuale abrogazione della c.d. tutela reale avrebbe il solo effetto di espungere uno dei modi per realizzare la garanzia del diritto al lavoro, che risulta ricondotta, nelle discipline che attualmente vigono sia per la tutela reale che per quella obbligatoria, al criterio di fondo della necessaria giustificazione del licenziamento»; diffida, per il semaforo rosso acceso dal popolo sovrano, secondo cui l'articolo non avrebbe dovuto essere modificato in alcun modo.

  un contrasto, quest'ultimo, consegnato al corso del successivo decennio, perch , in quel fine secolo che vive il difficile e faticoso parto dell'euro, ad essere sotto *stress*   l'intero diritto classico del lavoro, cos  come maturato nel corso di mezzo secolo, col suo patrimonio protettivo del posto di lavoro, quale assicurato dal ricorso quasi esclusivo al contratto a tempo indeterminato e pieno; nonch  dal regolamento assai rigido del *quando* e del *quomodo* di svolgimento del rapporto. Non lo   solo in Italia, tant'  che proprio a mezzo del decennio '90, avviene un autentico cambio di marcia a livello comunitario, con quel vertice di Lisbona che sancisce il passaggio da una politica di armonizzazione legislativa, in vista di una maggior sicurezza, ad una di coordinazione politica, in funzione di una accresciuta flessibilit . La formula destinata a rendere la nuova Strategia europea per l'occupazione, una volta compiutamente maturata, sar  quella della *flexsecurity*; con tutta la rassicurante ambiguit  derivante dall'accoppiare due parole diverse, quasi che l'una e l'altra portino con s  e conservino le valenze originarie<sup>273</sup>. Il che non poteva essere e non  , perch , con un'inversione della nozione guida,   la flessibilit  a venire per prima, s  da cambiare la stessa portata della sicurezza: non pi  statica, riferita al posto di lavoro, con una rigida protezione contro una sua eventuale perdita; ma dinamica, relativa al mercato di lavoro, con una forte garanzia di una transizione da posto a posto di lavoro, debitamente assistita con indennit , formazione, ricollocazione.

<sup>271</sup> Sia consentito il rinvio a F. CARINCI, *Discutendo intorno all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, RIDL, 2003, I, 35, e Id., *Se quarant'anni vi sembran pochi: dallo statuto dei lavoratori all'accordo di Pomigliano*, ADL, 2010, 581.

<sup>272</sup> Vedila in FI, 2000, I, 699.

<sup>273</sup> Cfr. S. SCIARRA, *Is Flexicurity a European Policy?*, in *Skifter till Anders Victorins minne*, Iustus F rlag, 2009, 447; M. DE VOS, *European flexicurity and globalization: a critical perspective*, in *The International Journal of comparative labour law and industrial relations*, 2009, n. 25, 209.

Una *flexsecurity*, questa, realizzata secondo una duplice variante. Spuria, la prima, la *flexsecurity at the margin*, sperimentata nella realtà mediterranea, col creare una flessibilità “periferica”, per mezzo di una moltiplicazione della tipologia contrattuale “atipica” a tempo determinato, destinata a convivere con quella “tipica” a tempo indeterminato, mantenuta “vincolata” nella disciplina del recesso datoriale. Genuina, la seconda variante, la *flexsecurity* applicata nella realtà nord-europea, col dar vita ad una flessibilità “centrale”, per tramite di una riduzione della tipologia “atipica” e di una generalizzazione di quella “tipica”, resa più o meno “libera” nella regolamentazione del licenziamento<sup>274</sup>.

Non per nulla ad essere patria della *flexsecurity at the margin* sarà la realtà mediterranea<sup>275</sup>, con capo-fila proprio quell'Italia che ne esemplificava, fino ad esacerbarla, la peculiarità, fatta della sopravvissuta cultura di classe, della faticosa conquista di una rete protettiva, della sempre rinverdata memoria di una situazione di disoccupazione; peculiarità tale da rendere difficilmente praticabile la via maestra di una “liberalizzazione” in uscita, col destabilizzare il contratto a tempo indeterminato, ma percorribile solo quella secondaria di una in “entrata”, coll'offrire un ampio e variegato campionario del contratto a tempo determinato. Tant'è che a percorrerla comincerà proprio Treu, con quel “pacchetto” licenziato dal centro-sinistra alla fine del secondo millennio e proseguirà Sacconi, con quel “lascito Biagi”, varato dal centro destra al principio del terzo millennio; mentre nel decennio a seguire, si assisterà ad un ricorrente tentativo di sfondamento del fronte costituito dall'art. 18 St. lav., condotto in prima persona dal centro-destra, privilegiando di quel contraddittorio messaggio lasciato alle spalle dal referendum del 2000, il semaforo verde aperto dalla Corte rispetto a quello rosso acceso dalla gente. E a *leitmotiv* rimarrà quello vociferato a Statuto ancor fresco, di un effetto limite al fisiologico sviluppo dimensionale di un universo produttivo già di per sé sofferente di un accentuato nanismo, in quanto disincentivato a oltrepassare il confine numerico dell'obbligo di reintegra, costoso in denaro ed in tempo, per il crescente collasso del processo del lavoro; rimarrà, ma, cammin facendo, troverà un compagno destinato a rubargli il primo piano, di un effetto blocco del normale *turnover*, tale da dar vita ad un mercato del lavoro dissociato.

Si parte col d.d.l. presentato al Senato il 15 novembre 2001, n. 848, all'inizio del secondo Governo Berlusconi; e, poi, si riparte con l'art. 31 del Collegato Lavoro licenziato dalla Camera il 3 marzo 2010 e con l'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito nella l. 14 settembre 2011, n. 148, nel corso del terzo Governo Berlusconi. Una campagna, interrotta e ripresa con ammirevole costanza, ma accompagnata da ben scarsa fortuna, come se un'antica maledizione proteggesse la formula salvifica della tutela reale contenuta nell'art. 18: il d.d.l. n. 848, assoggettato allo stralcio del d.d.l. n. 848-*bis*, avviato su un binario morto; l'art. 31 bonificato dopo il rinvio del Collegato Lavoro alle Camere da parte del Presidente della Repubblica; l'art. 8, sterilizzato dalla dichiarazione congiunta delle oo.ss. firmatarie, apposta il 21 settembre all'accordo del 28 giugno 2011.

<sup>274</sup> Per una ricostruzione dell'evoluzione dei mercati del lavoro in Europa v. il Report *Employment in Europe 2010* reperibile in [http://ec.europa.eu/employment\\_social/eie/executive\\_summary\\_en.html](http://ec.europa.eu/employment_social/eie/executive_summary_en.html), spec. 117 ss.

<sup>275</sup> Cfr. G. Loy (a cura di), *Diritto del lavoro e crisi economica. Misure contro l'emergenza ed evoluzione legislativa in Italia, Spagna e Francia*, Ediesse, Roma, 2011.

Questo sarebbe stato destinato a rimanere un classico tira e molla del nostro confronto politico-sindacale, se, divenuta l'Italia un bersaglio privilegiato dell'attacco all'euro, con inevitabile coinvolgimento della BCE, le indicazioni comunitarie di ieri non si fossero trasformate in prescrizioni in una lettera del 5 agosto 2011, inviata al Primo Ministro italiano, allora Silvio Berlusconi, da parte del Presidente in carica, Jean Claude Trichet, e del suo successore *in pectore*, Mario Draghi<sup>276</sup>. Partendo da un debito pubblico considerato fuori controllo, come testimoniato dallo stato di sofferenza sui mercati dei titoli di Stato italiani, vi si ritiene essenziale un recupero di fiducia presso gli investitori, tramite un pacchetto di misure ulteriori rispetto a quelle già assunte, comprensive di un più deciso decentramento del sistema contrattuale, sul cammino tracciato dall'accordo del 28 giugno 2011 e di "una accurata revisione delle norme che regolano l'assunzione e il licenziamento dei dipendenti, stabilendo un sistema di assicurazione dalla disoccupazione e un insieme di politiche attive per il mercato del lavoro che siano in grado di facilitare la riallocazione delle risorse verso le aziende e verso i settori più competitivi". Certo, come pur si è sottolineato non si parlava esplicitamente di art. 18 St. lav., ma il senso complessivo era assai chiaro, cioè di un percorso fatto di lavoro e di non lavoro, garantito nel reddito e rivalutato nel potenziale professionale, con l'obiettivo primario di un costante riequilibrio occupazionale fra settori obsoleti in perdita e settori innovativi in crescita.

Alla successiva richiesta di chiarimenti da parte dell'Unione Europea, la famosa lettera dei 39 punti, lo stesso Governo predisponendo un'articolata risposta che, *sub b*) "Efficientamento del mercato del lavoro", prevedeva misure addizionali, cadenzate sul 2011 e sul maggio 2012: costituite, le prime, da "interventi rivolti a favorire l'occupazione giovanile e femminile" per via "a) di contratti di apprendistato ...; b) di rapporti di lavoro a tempo parziale e di inserimento...; c) del credito di imposta"; rappresentate, le seconde, da "a) ... una nuova regolazione dei licenziamenti per motivi economici nei contratti a tempo indeterminato; b) più stringenti condizioni nell'uso dei "contratti para-subordinati".

La linea, già resa evidente dalla cacofonica rubrica, dava per avvenuta l'approvazione dell'art. 8, d.l. n. 138/2011, destinata a ricevere una valutazione positiva da parte della DG Affari economici e finanziari della Commissione europea e dalla BCE, nel loro rapporto *Addressing Italy's high-debt/low growth challenge* del 29 novembre 2011<sup>277</sup>, e riproponeva una fluidificazione del mercato del lavoro, per via di una moltiplicazione dei rapporti a misura dei singoli problemi occupazionali: mantenimento a referenti di quelli a tempo indeterminato, peraltro coi licenziamenti economici resi più certi e meno costosi, cioè, implicitamente "monetizzati forfettariamente", di una contestuale stretta sui rapporti para-subordinati, nonché di una utilizzazione di rapporti a termine *ad hoc* per i giovani e per le donne, quali l'apprendistato e l'inserimento.

Diversa è apparsa la musica ascoltata nel corso delle comunicazioni, fatte da Monti al Senato della Repubblica il 17 novembre 2011, che attacca proprio con la divisione del mercato del lavoro: "Con il consenso delle parti sociali dovranno essere riformate le istituzioni del mercato del lavoro, per allontanarsi da un mercato duale dove alcuni sono fin troppo tutelati mentre altri sono totalmente privi di tutele e assicurazioni in caso di disoccupazione"; e continua col condividere sostan-

<sup>276</sup> Vedila in [www.ilsole24ore.com/art/notizie/2011-09-29/testo-lettera-governo-italiano-091227.shtml?uuid=Aad8ZT8D](http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2011-09-29/testo-lettera-governo-italiano-091227.shtml?uuid=Aad8ZT8D)

<sup>277</sup> Reperibile sul sito

[www.lavoce.info/binary/la\\_voce/il\\_punto/Rapporto\\_Rehn\\_su\\_Italia\\_2011\\_11\\_28\\_final\\_version.doc\\_ARES\\_1.1322822139.pdf](http://www.lavoce.info/binary/la_voce/il_punto/Rapporto_Rehn_su_Italia_2011_11_28_final_version.doc_ARES_1.1322822139.pdf)

zialmente la proposta del contratto unico: “In ogni caso, il nuovo ordinamento che andrà disegnato verrà applicato ai nuovi rapporti di lavoro per offrire loro una disciplina veramente universale, mentre non verranno modificati i rapporti di lavoro regolari e stabili in essere”, passo che viene chiarito e rafforzato da uno successivo, per cui “È necessario colmare il fossato che si è creato tra le garanzie e i vantaggi offerti dal ricorso ai contratti a termine e ai contratti a tempo indeterminato, superando i rischi e le incertezze che scoraggiano le imprese a ricorrere a questi ultimi. Tenendo conto dei vincoli di bilancio occorre avviare una riforma sistematica degli ammortizzatori sociali, volta a garantire a ogni lavoratore che non sarà privo di copertura rispetto ai rischi di perdita temporanea del posto di lavoro”.

Solo che questa musica scriverla è una cosa e suonarla è tutt'altra, tanto che il nostro neo Presidente mette le mani avanti, condizionando la riforma ad un via libera confederale tutt'altro che scontato e ad una disponibilità finanziaria ben difficile da prevedere data l'ormai certa entrata in una recessione dall'imprevedibile consistenza e durata. Ma in un'intervista alla ministra Elsa Fornero, uscita a ridosso del Natale 2011, la distaccata prudenza del professore in abito rigorosamente grigio smorto è stata corretta dalla vivace anticipazione della professoressa dal pugno perennemente stretto su un bel lapis rosso e blu; lo è stata, col dar via libera al contratto unico variante Ichino, visto quale trattamento terapeutico elettivo del mal sottile “precaricato”, salutare ma amaro, perché tale da trovare sul suo bugiardino come contro-indicato proprio l'uso dell'art. 18 St. lav.

L'altro ieri era un uomo, Sacconi, ieri una donna, Fornero, come responsabili del *Welfare*, a rimettere in discussione il nostro coriaceo articolo, in modo diverso - virilmente diretto, l'uno (ridimensionarlo) e maliziosamente traverso, l'altra (riadattarlo al contratto unico) - ma con un identico effetto: un immediato rigetto sindacale, unitario come non mai, fra il rabbioso ed il pesantemente ironico, tanto più all'indomani di un grave ridimensionamento del sistema pensionistico.

In quella che una residua cultura maschilista *rétro* ha icasticamente battezzato “la battaglia delle tre donne”, di quell'art. 18, la Ministra e la Presidentessa della Confindustria, Emma Marcegaglia, ne hanno parlato come di un mito da sfatare; la Segretaria della Cgil, Susanna Camusso, come di un dato di civiltà da difendere. Solo che la Ministra ha dovuto ben presto constatare che il mito vecchio di un quarantennio sarà sì destinato a morire, ma al tramonto di un giorno non ancora in calendario, si da doversi ritirare alla meno peggio dal campo di battaglia, lasciandosi momentaneamente alle spalle, mezzo azzoppato, lo stesso progetto del contratto unico.

## 2. Varianti sul “contratto unico”.

Senza voler qui ricostruire il processo con cui è venuto a prendere piede il “contratto unico” in un'Italia caratterizzata dalla variante spuria della flessibilità, la *flexsecurity at the margin*, c'è da dire che a far da massa critica è stata certo la variante genuina, cioè la *flexsecurity*, adottata in Olanda ed in Danimarca negli anni '90 del secolo scorso e ripresa in sede comunitaria nei primi anni di questo: elaborata nel Libro verde del novembre 2006, “Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo”, e consacrata nella Comunicazione della Commissione europea del giugno 2007. Ma, se a qualcuno o qualcosa deve essere riconosciuto il ruolo di detonatore, a svolgerlo è stata quell'anticipazione francese del “*Contrat Unique d'Insertion* (Cui)”, offerta non dall'abortito “*Contrat Première Embauche*” (Cpe), ma dal “*Contrat Nouvelles Embauchés*” (Cne) dell'agosto 2005.

Di tale debito danno atto, nel loro *Un nuovo contratto per tutti*, i suoi autori, Tito Boeri e Pietro Garibaldi<sup>278</sup>, due economisti con accreditati trascorsi in organizzazioni internazionali: un libro, questo, destinato a dare la stura ad una sequenza di disegni di legge costituenti altrettante variazioni sul tema. A far la parte del leone è stato il prof. Pietro Ichino, nel suo ruolo di senatore del Pd, con ben tre d.d.l.: *i primi due*, nn. 1872 e 1873, presentati l'11 settembre 2009, con l'ambizioso progetto di "aggiornare" gli artt. 2063-2074 c.c. al diritto sindacale post-corporativo e di "riadattare" gli artt. 2082-2134, 2222, 2240-2246 c.c. al radicale cambiamento del disposto base, cioè dell'art. 2094 c.c.; ed *il terzo*, n. 1481, depositato il 25 marzo 2009, avente come obbiettivo il "contratto unico", peraltro riproposto sotto il nome di "standard minimo universale di protezione della continuità del lavoro e del reddito", anche per segnare l'*aliquid novi* rispetto al modello di riferimento offerto da Boeri e Garibaldi.

Pietro Ichino non è stato lasciato solo, perché a fargli compagnia al Senato, c'è il sen. Nerozzi, con il d.d.l. n. 2000, presentato il 5 febbraio 2010, con "un contratto unico d'ingresso" (Cui), ricalcato sul modello Boeri/Garibaldi; mentre alla Camera, si era già fatta avanti l'on. Marianna Madia, col d.d.l. n. 2630, presentato il 22 luglio 2009, cui, a distanza di un paio d'anni, farà seguito l'on. Benedetto Della Vedova, col d.d.l. n. 4277, presentato il 7 aprile 2011, intestati al "contratto unico di inserimento formativo" (Cuif) e, rispettivamente, ad un contratto di lavoro a tempo indeterminato omni-assorbente<sup>279</sup>.

A dar la linea è il libro citato dei due nostri economisti, a partire da quella analisi del mercato del lavoro ormai largamente condivisa, cioè l'emergere ed il consolidarsi di un mercato duale del lavoro a compartimenti stagni, per gli *insiders* e per gli *outsiders*: costituiti, il primo, dal contratto a tempo indeterminato nelle medie e grandi imprese, con protagonisti maschi adulti dotati di *skills*, sindacalizzati, coperti da un c.c.n.l. e da uno aziendale, garantiti dalla "tutela reale"; e, il secondo, dal contratto a tempo indeterminato nelle piccole imprese o da qualche contratto "precario", a *part-time*, a termine, di formazione e lavoro, interinale, a chiamata, a progetto, di lavoro comunque economicamente dipendente, con ad attori principali maschi adulti, sprovvisti di *skills*, donne, giovani, poco o niente sindacalizzati, privi di un c.c.n.l. e, in ogni modo, di quello aziendale, beneficiati al massimo dalla tutela obbligatoria. Da tale rigida e impermeabile separazione, derivano costi pesanti per gli *outsiders* che premono alle porte del mercato del lavoro stabile, senza riuscirvi ad entrare, con conseguente condanna ad una provvisorietà che li penalizza nella programmazione della loro vita, nella crescita professionale, nella carriera e, *last but not least*, nella retribuzione (e quindi nella futura pensione). Ma ne derivano oneri anche per gli imprenditori, che non possono contare su un *turn-over* dei dipendenti, da loro stessi attivato e gestito, per sostituire lavoratori obsoleti o demotivati con giovani in ingresso sul mercato del lavoro, forniti di specifici titoli di studio e di elevati livelli d'impegno.

Una volta dato per scontato che tale dualismo è un effetto esclusivo o principale di un sistema giuridico articolato su un doppio canale che mette capo a due bacini distinti ed impermeabili, la soluzione sembra quella classica dell'uovo di Colombo: il "contratto unico", peraltro limitato al futuro. Questo, per Boeri e Garibaldi sostituisce immediatamente l'attuale contratto a tempo indeterminato, senza che sia previsto alcun contemporaneo ridimensionamento legale di quello a

<sup>278</sup> T. BOERI, P. GARIBALDI, *Un nuovo contratto per tutti*, Chiarelettere, Padova, 2008.

<sup>279</sup> Tutti i disegni di legge citati sono reperibili, rispettivamente, sul sito [www.senato.it](http://www.senato.it) e [www.camera.it](http://www.camera.it), nelle sezioni dedicate alle proposte di legge.

tempo determinato; mentre *per gli autori del d.d.l. n. 1481* lo sostituisce, qui con contestuale forte restringimento legislativo del contratto a tempo determinato, solo se preceduto da un contratto collettivo di transizione che dia vita ad una agenzia, la quale, in presenza di un licenziamento economico, concluda un contratto di ricollocazione con il lavoratore.

A farla da protagonista è la “dipendenza”, la si dilati a figura generale, cui traslocare, debitamente riadattata, l'intera disciplina protettiva dettata per la subordinazione (Ichino, d.d.l. n. 1873); o la si conservi come fattispecie particolare, cui ricollegare la sola obbligazione ad assumere tramite il contratto unico (Boeri e Garibaldi, Ichino, d.d.l. n. 1481 e altri). A seconda della prospettiva prescelta la definizione cambia, ma senza la necessaria coerenza, così da restituirci una relazione fra “dipendenza economica” e “subordinazione” difficile da decifrare. *Nel macro disegno di legge n. 1873*, il nuovo art. 2094 c.c., - rubricato “Subordinazione e dipendenza”, si da suggerire la co-presenza di due fattispecie distinte - al co. 1 definisce il “prestatore di lavoro subordinato”, mentre al co. 2 ricomprende, sotto “lavoratore dipendente”, il “prestatore di lavoro subordinato” e il “lavoratore autonomo continuativo”, “l'associato in partecipazione” “il socio lavoratore di società commerciale che traggano più di due terzi del proprio reddito di lavoro complessivo dal rapporto con l'azienda medesima”, sempreché la retribuzione annua lorda non superi i 40.000 euro. *Mentre nel micro disegno di legge n. 1481*, l'art. 5, rubricato asetticamente “Durata del rapporto di lavoro dipendente”, al co. 1, ritiene “lavoratore dipendente... il prestatore d'opera personale che tragga più di due terzi del proprio reddito di lavoro complessivo dal rapporto con l'azienda medesima, salvo che la prestazione sia stata svolta in condizioni di autonomia...”, e sempre col limite offerto dal livello della retribuzione annua lorda; e così lascia aperto il dubbio su chi vi sia ricompreso: Da un lato il lavoratore subordinato non viene più nominato, sì che dovrebbe essere forzato dentro un modulo definitorio a lui del tutto estraneo, perché cucito su misura di un lavoratore autonomo con un committente al limite dell'esclusivo; dall'altro, quello stesso modulo è reso con un linguaggio tale da suscitare equivoci. Ma, poi, a rimettere il tutto coi piedi per terra ci pensa il co. 2, per cui “il contratto di collaborazione personale continuativa tra l'impresa cui si applichi il regime di transizione e il lavoratore in posizione di dipendenza a norma dell'art. 1, indipendentemente dal carattere subordinato o autonomo della prestazione, “sempre stipulato a tempo indeterminato”.

Su questo scenario piuttosto confuso, fa il suo ingresso il contratto unico, configurato, come contratto a tempo indeterminato a stabilità crescente, con una doppia fase. Stando al più prudente modello originario (Boeri e Garibaldi), nella prima fase (“flessibile”), a durata triennale, il licenziamento economico è soggetto ad un trattamento unitario, dato da un risarcimento del danno causato al lavoratore dal difetto del motivo oggettivo, così come accertato e liquidato dal giudice in una somma pari a quindici giorni per ogni trimestre di lavoro; mentre, nella seconda (“stabile”), a durata aperta, riemerge il canone collaudato di un doppio regime, “obbligatorio” e “reale”. Stando, invece, ad un meno prudente modello successivo (Ichino, d.d.l. n. 1481), nella prima fase (“flessibile”), a durata ventennale, il licenziamento economico è pur sempre sottoposto ad un regime unitario, ma qui costituito da un risarcimento del danno prodotto al lavoratore dal mero fatto di aver perso il posto, a prescindere da un difetto del motivo oggettivo accertato dal giudice, e calcolato come l'equivalente del costo che il datore avrebbe dovuto sopportare col proseguimento del rapporto, costituito da “un'indennità pari a tanti dodicesimi della retribuzione lorda complessivamente goduta nell'ultimo anno di lavoro, quanti sono gli anni di anzianità di servizio in azienda, diminuita della retribuzione corrispondente al preavviso spettante”; mentre qui anche

nella seconda (“stabile”), il regime rimane unico, presumendosi che un qualsiasi lavoratore con vent’anni di anzianità destinatario di un licenziamento “motivato con ragioni oggettive”, lo sia per un “intendimento di discriminazione in ragione dell’età, con conseguente applicazione dell’art. 18”, salvo che il datore provi esser dovuto a “giustificato motivo economico, tecnico, od organizzativo”.

Rispetto al classico tipo di *flexsecurity*, questo, inteso a rendere più “flessibile” il rapporto di lavoro, ne costituisce solo un primo elemento, mentre quello, diretto a rendere più “sicuro” il mercato del lavoro, ne offre un secondo altrettanto importante, tanto che *simul stabunt aut simul cadent*. Se è comune l’impegno a realizzare l’equiparazione dei contributi, onde evitare concorrenze sleali sui costi del lavoro, lo è altrettanto la previsione di un salario minimo; nonché l’estensione degli ammortizzatori sociali, cui Ichino aggiunge l’introduzione di un trattamento complementare di disoccupazione a scalare per un quadriennio, a carico di agenzie - create e finanziate dalle imprese, con la benedizione della contrattazione collettiva - destinate a farsi anche carico di intense ed efficaci politiche attive.

C’è largo accordo su una diagnosi che chiami in causa una ventennale legislazione predisposta per affrontare la questione occupazionale con una sempre più massiccia iniezione di tipologia “atipica”, rivelatasi sì capace di esercitare un’influenza calmieratrice, ma a costo di provocare una dissociazione schizofrenica del mercato. Così come c’è ampio consenso su una terapia che, preso atto dell’esistenza di una relazione reciproca fra struttura economica e sovrastruttura giuridica, cambi questa per modificare quella, in vista di una ricomposizione del mercato, tale da restituircene una fisionomia sufficientemente omogenea.

Ma, escluso che si possa coltivare l’utopia illuministica di ripartire da zero, con un *fiat lux*, non rimane che adottare l’aurea regola pragmatica “dal domani in poi” – battezzata da Ichino, con dotta citazione, *layering* – sì da rendere operativa la nuova disciplina solo per i nuovi assunti. Domani è un altro giorno, direbbe Rossella O’Hara.

### 3. Il single permanent contract nell’European Employment Commission: Employment in Europe 2010.

Una proposta, quella di Boeri e Garibaldi, che non è rimasta confinata al nostro Paese, tant’è che è fatta propria dal 22° rapporto *Employment in Europe 2010*<sup>280</sup>, predisposto dalla Commissione europea DG Occupazione, affari sociali e uguali opportunità. Oltre che del suo carattere di rapporto, privo quindi di alcun peso propositivo “ufficiale”, occorre tener conto del tempo in cui è stato redatto, proprio quando pareva che il vecchio continente si stesse riprendendo dal contraccolpo del collasso finanziario statunitense, mentre era sul punto di ritrovarsi in affanno, con i paesi “forti” in sostanziale ristagno ed i “deboli” in recessione. Vi si percepisce un senso di sollievo per lo scampato pericolo e di rinnovato ottimismo per un futuro che si presume sul roseo; del tutto sintonico rispetto a quello di una Commissione europea, la quale, dopo aver preso atto del mancato raggiungimento dell’obiettivo di Lisbona di un tasso di occupazione del 70% della popolazione in età lavorativa (15/64 anni), fermo al 64,6% nel 2009, rilancia per un tasso del 75% di una popolazione che sconta una scolarizzazione più lunga (20/64 anni), per il 2020.

---

<sup>280</sup> Vedilo in [http://ec.europa.eu/employment\\_social/eie/executive\\_summarys\\_en.html](http://ec.europa.eu/employment_social/eie/executive_summarys_en.html), cit.

La ricognizione dell'andamento del mercato del lavoro si conclude con un giudizio di sostanziale tenuta, grazie anche al diffuso e radicato orientamento imprenditoriale a non liberarsi del personale con *permanent employment*, per il suo valore di capitale umano sostituibile solo con un tempo lungo ed un costo elevato. A far da ammortizzatore è stato usato l'orario di lavoro: sia con l'assunzione/conversione a *part-time*, sia con la riduzione, più o meno finanziata dallo Stato (*Short-time working arrangements* o Stwa: Cig italiana, *Kurzbeitegeld* tedesco). Solo che, pur a prescindere da un potenziale uso "perverso" dei Stwa, cioè farvi ricorso quando non esiste alcun vero bisogno (per un risparmio di costi) o quando non appare all'orizzonte alcun possibile reimpiego (per un prolungamento di rapporti fittizi), a loro carico c'è quel che ne costituisce l'effetto "naturale", cioè un *overcrowding* che, nel periodo di ristagno o di calo del Pil, frena la produttività di un organico conservato in eccesso, facendone lievitare il costo; nel periodo di rilancio, rallenta la ripresa, dovendo prima essere riassorbito a tempo pieno il personale mantenuto ad orario ridotto.

A rendere, poi, il sistema flessibile in uscita è stato il *temporary employment*, che, partendo da un picco del 14,8% del terzo quarto del 2007 è crollato al 13,1% nel primo quarto del 2009, facendosi carico del 44% del calo occupazionale complessivo verificatosi fra il 2008 ed il 2009; ma flessibile anche in entrata, perché, è tornato al 14% a metà del 2010, compensando il ristagno del *permanent employment*. Ne è rimasto confermato quanto noto, cioè l'uso del *temporary employment* non solo per contare su un periodo di prova "lungo" o lucrare su un costo inferiore, ma per adattarsi alla caduta del ciclo, senza compromettere la capacità di ripartire alle prime avvisaglie della ripresa; non senza, però un impatto negativo sul mercato del lavoro, reso sempre più duale, fra *insiders* che il posto stabile l'hanno e lo mantengono ed *outsiders* che non l'hanno e non l'otterranno; impatto già di per sé grave, ma aggravato ulteriormente dall'essere i giovani a costituire il grosso dell'esercito dei "*semel precarius, semper precarius*".

Nella *presentazione*, a firma del Commissario competente, ci si limita ad evidenziare il problema di un mercato duale, facendo propria la ben nota proposta di incentivi per l'assunzione o per la conversione dei contratti temporanei in permanenti: "*The recent crisis has highlighted the flaws of a policy strategy that fosters employment growth almost exclusively through the development of temporary and other forms of 'atypical' contracts. Such strategies increase employment volatility and the risk of economic growth due to insufficient investment in human capital. It is therefore important to promote policies creating stable employment. This can be achieved, for example, by introducing fiscal incentives for companies to hire permanent workers and to convert temporary contracts into permanent ones*". Peraltro, nel corso del Capitolo 3, *Youth and segmentation in EU labour markets* si dà atto che la politica legislativa di una *flexibility at the margin* seguita nei decenni precedenti da alcuni Stati membri, coll'accompagnare la permanenza di una rigida disciplina dei licenziamenti per i *permanent contracts*, con l'introduzione di una sostanziale deregolamentazione nella spendita di *temporary contracts*, ha certo contribuito a far crescere l'occupazione. Ma al tempo stesso, tale legislazione - che si ricorda essere stata battezzata da Boeri *two-tier reform* - ha prodotto una segmentazione del mercato a tutto danno delle nuove leve, penalizzate in termini di stabilità, retribuzione, crescita professionale, carriera, protezione sociale, per non parlare delle crescenti percentuali di giovani confinate fra i c.d. NEET (*not in education, employment or training*).

E, in sede di conclusioni e proposte di questo capitolo, si sottolinea come autorevoli economisti abbiano suggerito un complesso di misure, comprendenti "*the adoption of a 'single permanent*

*contract' replacing the existing legal asymmetry between permanent and fixed term contract. Such contract would be characterized by employment security increasing concurrently with job tenure (e.g. through the gradual rise in severance payments rights)"; ed inoltre "the introduction of a minimum wage; universal eligibility to unemployment insurance regardless of the type of contract; and limiting the application of temporary contracts to specific circumstances, such as genuine temporary task or highly paid work" (p. 152).*

Non per ridimensionarlo, ma per storicizzarlo, va qui richiamato quanto detto all'inizio di questo paragrafo, cioè che il rapporto è stato predisposto con l'occhio rivolto al secondo semestre del 2010, sicché un qualsiasi discorso circa un cambio nella tipologia contrattuale appariva consegnato a quel consolidamento del tasso di crescita non solo auspicabile ma anche prevedibile, che, peraltro, non si è affatto realizzato, tanto che in questo transito dal 2011 al 2012 l'Europa comunitaria sta rientrando nel tunnel della recessione, con l'Italia a svolgere la poco invidiabile parte di guida: per qualche paese l'alternativa potrebbe continuare a porsi in fatto fra *temporary employment* e *unemployment*, più o meno assistito, a dispetto di qualsiasi travestimento effettuato in diritto.

Certo è che, ad un anno di distanza, secondo il classico ritardo rispetto all'andamento del ciclo, per cui discende e riprende con un certo stacco di tempo, il tasso di disoccupazione è lievitato da novembre 2010 a novembre 2011 dal 10% (area euro a 17) e 9,6% (UE a 27) rispettivamente al 10,3% e 9,8%, pur con un ben diverso andamento da Paese a Paese, dal 4% dell'Austria al 22% della Spagna; mentre quello relativo ai giovani al di sotto dei 25 anni è risultato più sensibile, crescendo dal 21,0% e 20,6% al 22,3% e 21,7%<sup>281</sup>. Ma se questo rende ancor più urgente un intervento *ad hoc*, esso deve tener conto del consiglio contenuto in quelle stesse conclusioni e proposte, cioè di evitare di prenderle come *one-size-fits-all strategy* che non tenga debito conto delle peculiarità nazionali. Tanto più se questo viene accreditato dal richiamo di qualche esperimento fatto all'estero, perché subito, per un evidente riflesso sciovinista, vien da interrogarsi sull'effettivo scenario di fondo, effetto di quanto viene sciorinato a sostegno dell'intervento proposto, per vedere se di diritto e di fatto riesce esportabile nel nostro sistema come trattamento terapeutico del processo schizofrenico in corso sul mercato del lavoro.

#### 4. I precedenti stranieri: a) la flexsecurity nell'esperienza danese; b) la flexsecurity at the margin e la "correzione" tentata in Francia.

È tempo di andare a vedere da vicino quel che di buono è stato sperimentato e collaudato all'estero<sup>282</sup>, tanto da venir reclamizzato come un rimedio utilizzabile anche da noi, con poco sforzo di adattamento e molto ritorno.

a) A farla da padrona negli scritti degli accademici e nei disegni di legge dei politici è la *flexsecurity*, che di per sé suggerisce di avere dalla sua il meglio della flessibilità e della sicurezza, anche se poi molto, se non tutto, dipende dalle dosi con cui le due componenti sono miscelate e composte. E

<sup>281</sup> Dati reperibili sul sito <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/euroindicators/peeis>.

<sup>282</sup> Vedi per una sintetica rassegna delle principali esperienze europee in tema di *flexsecurity* nei contratti a termine, B. CARUSO, S. SCIARRA, *Flexibility and Security in Temporary Work: A comparative and European Debate*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT, n. 57/2007.

la ricetta sarebbe quella della cucina nord-europea, olandese e danese, con una preferenza accordata a casa nostra a quella danese<sup>283</sup>, a dire il vero assai più citata che riadattata alla nostra realtà, tanto da suonare a volte come una giaculatoria scaramantica contro il maleficio della disoccupazione.

Non si intende screditare la chiamata in causa della ricetta danese, per la incomparabilità quantitativa e qualitativa fra Danimarca ed Italia, resa da poche cifre, quali una superficie di 50.000 contro una di 300.000 Km<sup>2</sup>, una popolazione di 5 milioni e mezzo contro una di 60 milioni, un Pil di 310 milioni di dollari contro uno di 2.050, con un rapporto Pil/ab. di 56.000 contro uno di 34.000; ma, soprattutto, espressa da forti differenze strutturali nell'omogeneità territoriale, nella cultura civile e sociale, nella scolarizzazione, nella pubblica amministrazione, nella dinamica politica e sindacale. Ma si vuol richiamare la lezione che la nostra esterofilia ci fa spesso dimenticare, cioè l'importanza dell'intera realtà da cui si espunta una singola esperienza, che, trapiantata in un'altra del tutto diversa, può ben rivelarsi infruttifera<sup>284</sup>.

Ed una messa in guardia in tal senso viene dagli stessi ambienti accademici danesi, che sottolineano come il loro modello di *flexsecurity* non sia esportabile nei termini di un generico *mix* di flessibilità e di sicurezza, ma solo tenendo conto dello sviluppo avvenuto nel corso dell'ultimo decennio del secolo scorso attraverso un processo di "*try and go*". Entrambe quelle definite come le due gambe più pubblicizzate del modello sono risalenti, senza aver potuto impedire la crisi trascinatasi dalla metà degli anni '70 alla metà dei '90 e culminata in un 10% di disoccupati e in un 30% dei soggetti 15/66 anni dipendenti da trasferimenti pubblici. Eppure già allora c'era una notevole flessibilità: ricorso a contratti a tempo indeterminato, con il licenziamento individuale soggetto all'obbligo del preavviso e del pagamento di un'indennità, ferma restando per un dipendente occupato da almeno 9 mesi la possibilità di un ricorso per *unfair dismissal*, in vista di una reintegra quasi mai concessa o di una somma risarcitoria, ulteriore e con il licenziamento collettivo comportante il necessario coinvolgimento preventivo del sindacato; nonché utilizzo di contratti a tempo determinato, largamente rimessi nei motivi e nei tempi agli accordi fra le parti. E c'era già, altresì, quel generoso sistema di sicurezza sociale, articolato su una duplice struttura: Fondi privati, su base mutualistica, amministrati dai sindacati e largamente integrati da finanziamenti pubblici, cui spetta pagare indennità di disoccupazione notevoli e prolungate, cioè pari al 90% della retribuzione precedente, con un tetto di 22.300 euro annui lordi, per una durata massima di quattro anni, peraltro riapribile con 6 mesi di lavoro negli ultimi 36; e, rispettivamente, schemi pubblici di assistenza sociale, su base universalistica, variabili in ragione dell'età, dello stato civile ecc., cui tocca corrispondere a chi non è mai stato o non è più coperto dai Fondi, una somma ridotta del 20-40% rispetto alla misura massima dell'indennità di disoccupazione.

A fare la differenza, a metà degli anni '90, è stata la terza gamba, figlia di una radicale svolta nelle politiche del lavoro, sì da privilegiare, rispetto alle tradizionali "passive", concentrate sul sostegno del reddito, quelle "attive", incentrate su un *workfare*, all'insegna del "*right and duty principle*".

<sup>283</sup> Vedine i capisaldi in T. M. ANDERSEN, M. SVARER, *Flexicurity – Labour Market Performance in Denmark*, in *CESifo Economic Studies*, vol. 53, 3/2007, 389 ss. In generale, sulla regolamentazione del lavoro in Danimarca, v. O. HASSELBALCH, *Labour Law in Denmark*, Kluwer Law International, Netherlands, 2010.

<sup>284</sup> Sulla cautela in relazione all'esportazione del modello danese, cfr. A. RICCOBONO, *Il dibattito su flessibilità e rimodulazione delle tutele. La modernizzazione del diritto del lavoro tra crisi economica e possibili percorsi di riforma*, in G. LOY (a cura di), *Diritto del lavoro e crisi economica*, cit., 179 ss.

Al diritto alla sicurezza corrisponde il dovere di attivarsi, non solo alla ricerca di un lavoro, ma anche ad una attività, di norma costituita dalla partecipazione alla formazione. Una volta elevata tale attività, da svolgere nella fase di non occupazione, a condizione di eleggibilità per la preesistente duplice rete di sicurezza, resa più stretta e selettiva, la palla passa ai servizi per l'impiego che devono sovrintendere all'intera fase di transizione al lavoro o da un lavoro all'altro, sì da dover contare su addetti esperti e su messi finanziari consistenti.

La svolta ha pagato, perché ne è risultata una netta decrescita della disoccupazione almeno fino al 2008, se pur a costo di una tendenziale divaricazione fra componenti "forti", portate a contare principalmente su se stesse, e "deboli", inclini a far eccessivo affidamento sulla rete di sicurezza sociale stessa: fra queste proprio le leve giovanili, per le quali s'è dovuta introdurre, fin dal 1996, una variante *ad hoc* della politica seguita. Ma occorre aggiungere che la spesa è stata assai elevata, tanto da risultare nel 2005 pari al 4,1% del Pil, nel mentre in Italia restava confinata all'1,3%; sì da dover contare sia su una notevole disponibilità finanziaria pubblica, quale garantita da una elevata tassazione e da una contenuta evasione, sia su una profonda e diffusa propensione egualitaria della popolazione danese.

Tutto questo, però, non sarebbe bastato se non fosse stata seguita dal Governo danese una politica monetaria, fiscale ed economica, favorevole a cogliere una congiuntura internazionale positiva, che certo non poteva far prevedere la tempesta destinata ad esplodere sul finire del primo decennio del secolo. Ma col riprodursi ed accentuarsi della crisi finanziaria, dai derivati ai debiti sovrani, la c.d. economia reale è entrata in profonda sofferenza, sfociando in una prima recessione che, dopo aver messo capo ad una timida ripresa, sta sprofondando in una seconda, preannunciata come la più grave e più lunga dal 1945 ad oggi. E la ricaduta si è vista anche per la Danimarca, a stare alla forte crescita della disoccupazione: assestata ancora sul 3,30% nel settembre del 2008, è andata continuamente lievitando, mese dopo mese, fino a raggiungere quasi l'8%, di poco inferiore a quello italiano, se pur con una occupazione che alla fine dell'anno risulta del 75%, di molto superiore al 57% del bel Paese.

Volendo sintetizzare al massimo, il modello danese, costruito come un tutto inscindibile di flessibilità nel rapporto e sicurezza nel mercato, tramite un rigido scambio fra sostegno del reddito e *workfare*, pare dover contare su più di un requisito essenziale. Il primo è "etico", quale dato da un cittadino animato da un forte e diffuso convincimento civile, posto al servizio di un radicato sentimento egualitario, che lo porta ad un adempimento puntuale del debito fiscale e ad un uso corretto del sistema di sicurezza sociale, tanto che non si è mancato di sostenere con un buon grado di approssimazione che il modello danese sarebbe difficilmente esportabile in un paese mediterraneo, caratterizzato da un individualismo trasgressivo. Il secondo è "politico-sindacale", quale costituito da un clima cooperativo che alimenta un fruttuoso dialogo sociale, condotto, auspice il Governo, fra le parti, con una regolamentazione collettiva di aspetti assai importanti del diritto del lavoro e con una disciplina ed una prassi anti-conflittuale. Il terzo è "economico", quale dato dall'impegno ad uno sviluppo ad elevato potenziale occupazionale, sì che il lavoro tassato sia tale da produrre un gettito sufficiente a coprire il rilevante costo del modello, peraltro, a quel punto, limitato per il basso livello di inoccupazione e disoccupazione così ottenuto.

b) Nel loro libro, Boeri e Garibaldi, rispondendo ad un immaginario quesito circa un qualche paragone fra il loro contratto unico ed il *Contrat première embauche (Cpe)*, lo negano, mentre lo ammettono con rispetto al *Contrat nouvelles embauches (Cne)* "che ha contribuito a stabilizzare i rapporti di lavoro". Solo che questo poteva valere ieri, quando, diversamente dal Cpe, bocciato

dalle piazze e ripudiato dal Governo, il Cne sembrava viaggiare col vento in poppa; non oggi, in cui anche il Cne costituisce un esperimento ormai consegnato al passato.

Il caso della Francia è assai più significativo, trattandosi di un Paese comparabile al nostro da un punto di vista non solo fisico, economico-sociale, politico e sindacale, ma anche di diritto del lavoro<sup>285</sup>. All'indomani stesso di quelle riforme *Auroux* del primo Governo dell'*Union de la Gauche*, destinate a segnare l'apice della evoluzione del diritto del lavoro francese, comincia una lenta involuzione caratterizzata da una normativa alluvionale e ballerina, all'insegna di una *déréglementation modérée*, già riconducibile alla tipologia della *flexsecurity at the margin*. Sulla *scène du fin de siècle*, a farla da protagonista assoluto è pur sempre "*le Contrat à durée indéterminée*" (Cdi). Ma il tradizionale coprotagonista quale dato dal "*Contrat à durée déterminée*" (Cdd), una volta stabilizzatosi su un regime anticipatore della Direttiva 1999/70/EC, tanto da non doverne subire più di tanto il successivo impatto, è cresciuto nel richiamo e nell'uso; ma, soprattutto, ha figliato tutto uno stuolo di contratti a termine speciali, più o meno incentivati, nati e rinati a partire dalla fine del decennio '70 con scopi formativi e/o allocativi di spezzoni svantaggiati sul mercato del lavoro. Stando ad un calcolo effettuato nel 2005, il rapporto quantitativo collocava ancora la Francia nel mezzo dei membri della CE, con l'86,4% della forza lavoro occupata fruitrice di contratti a tempo indeterminato e il 13,6% di contratti a termine, ivi compresi anche quelli interinali, formativi, di apprendistato.

A farne un bilancio sull'inizio del secolo nuovo, il risultato era più o meno lo stesso di quello accertato altrove, cioè di un qualche effetto favorevole sul fronte dell'occupazione, ma ottenuto ad un costo ritenuto eccessivo: quello ben noto di un accentuato dualismo del mercato, rendibile col detto popolare del "chi è dentro è dentro e chi è fuori è fuori", dove viene "privilegiato" colui che, già adulto, può contare su un posto "stabile" e "penalizzato" colui che, ancor giovane, specie se donna, non può fare affidamento su alcunché o tutt'al più su un posto "precario", destinato ad esser seguito da un altro più o meno uguale o dallo stato di disoccupato. E sarebbe toccato alla *Droite*, destinata a restare in sella per oltre un decennio, dal 2002 a tutt'oggi, operare quella svolta battezzata, con un'enfatica sottolineatura della sua ascendenza comunitaria, "*modernisation du marché du travail*", se pur con una discontinuità emblematicamente rappresentata dal tramonto del Cne e del Cpe e dal sorgere della "*rupture conventionnelle*".

#### b1) Il *Contrat nouvelles embauches* e il *Contrat première embauche*.

Nella prospettiva di quel *Contrat unique d'insertion* che, stando al dibattito sviluppatosi anche in Francia, avrebbe dovuto costituire il punto di forza di una conversione alla propagandata *flexi-sécurité* di scuola danese, vennero concepiti e tenuti a battesimo due contratti a tempo indeterminato: il *Contrat nouvelles embauches* ed il *Contrat première embauches*, ricalcato sul primo. Due gemelli, coi tratti essenziali comuni, cioè di essere entrambi contratti subordinati a tempo indeterminato, di per sé resi "stabili" dal divieto di procedere a un licenziamento senza addurre il motivo, "*une cause réelle et sérieuse*"; ma qui mantenuti "precari" per periodi iniziali detti di "*consolidation*", nei quali persisteva l'obbligo del preavviso, ma veniva meno tale divieto, con l'intento precipuo di sterilizzare *pro tempore* il trattamento procedimentale e sostanziale previsto

<sup>285</sup> Cfr. J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 2010; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Montchrestien, Paris, 2010.

per il licenziamento individuale. Subordinati s'è detto e deve essere ripetuto, così come qualificati ai sensi della nozione offerta dagli *arrêts* della Corte di Cassazione francese<sup>286</sup>, in carenza di una nozione legale, cioè di una "*dépendance juridique*" a scapito di una "*économique*", se pur con una certa evoluzione consapevole dell'esistenza di una sofferta area di confine fra subordinazione ed autonomia. Come tali, essi divergono già nei loro tratti fisionomici essenziali dai "contratti unici" venuti di moda in questo nostro Paese, che, invece, sono configurati come subordinati o anche solo resi operativi limitatamente ai licenziamenti individuali, in forza e virtù di una dipendenza economica, come visto, data per esistente allorché il lavoratore tragga oltre due terzi del suo reddito di lavoro complessivo da un unico committente.

Gemelli sì, ma eterozigoti, come ben rendeva l'aver destinatari diversi: il Cne, i lavoratori di qualsiasi età, da assumersi da imprese con non più di venti dipendenti, cioè il 96% di quelle esistenti, responsabili del 29% degli occupati; il Cpe, i lavoratori di età inferiore ai ventisei anni e privi di occupazione da più di sei mesi, da assumersi da imprese con più di venti dipendenti. Ovvio che, pur nell'ambito di una stessa politica finalizzata a favorire sì una crescita occupazionale, ma omogenea, cioè tale da non alimentare la dissociazione schizofrenica del mercato del lavoro, la tendenza era quella di articolare tale politica a misura di specifiche realtà, quali qui le dimensioni delle imprese e le età delle persone in cerca di lavoro. Così se Cne e Cpe puntavano entrambi a vincere la resistenza delle imprese ad assumere a tempo indeterminato, il Cne privilegiava le dimensioni, per essere le piccole realtà produttive le più restie a legarsi subito le mani con un tal tipo di contratto nel suo modello classico; mentre il Cpe centrava la sua attenzione sulle età, per essere le generazioni giovanili le più esposte a rimanere prigioniere nei circoli perversi dei lavori precari, tant'è che in quel 2006 i tassi di disoccupazione erano del 9% e del 23%, con riguardo alla disoccupazione generale e, rispettivamente giovanile.

Il congelamento iniziale dell'obbligo di motivare il licenziamento con "*une cause réelle et sérieuse*" si estendeva inevitabilmente al regime protettivo costruitogli intorno nell'arco di un cinquantennio, fermo restando il diritto del lavoratore a far valere in giudizio un presunto *abus de droit*. Un tal permesso di libera uscita avrebbe dovuto agire come un tranquillante per un imprenditore, specie se piccolo, afflitto dal timore di legarsi da subito mani e piedi, con un contratto a tempo indeterminato, da cui gli sarebbe stato difficile uscire senza percorrere fino in fondo quell'autentico calvario costituito dal processo. Il perché è evidente: d'allora in poi avrebbe avuto a disposizione un sostanzioso *tempus deliberandi* che gli sarebbe stato così concesso, per verificare la concreta idoneità del lavoratore assunto, facendolo operare da periodo di prova più lungo di quello altrimenti consentito; ma anche e soprattutto per accertare la reale necessità di un organico così accresciuto, facendolo funzionare da *test* del corretto dimensionamento aziendale rispetto al mercato, condotto sul medio periodo.

D'altronde, almeno sulla carta, un siffatto tipo contrattuale, modello Cne o Cpe, risultava competitivo sia rispetto ad un patto di prova inserito in un contratto a tempo indeterminato, sia riguardo ad un contratto a tempo determinato, cui pure era equiparato in quel costo aggiuntivo del 10% sul complessivo monte retributivo maturato nel corso del rapporto, da corrispondersi là allo scadere del termine e qui all'operare del licenziamento intimato nel corso del periodo di *consolidation*. Quanto al primo caso, restava comunque che, già in ragione dell'orientamento al tempo

<sup>286</sup> Cfr. C. OGRISEG, *Tendenze evolutive del diritto del lavoro in Francia: gli orientamenti della giurisprudenza*, Boll. Adapt, 2007, n. 11.

espresso dalla Corte di Cassazione, un patto di prova incorporato in un contratto a tempo indeterminato, non poteva essere né oltre il massimo di sei mesi, né risolto prima del suo svolgimento e mai per un motivo economico; quanto al contratto a tempo determinato rimaneva pur sempre che, in ragione del suo stesso regime legale, era utilizzabile solo per un bisogno temporaneo, debitamente circoscritto e per un tempo non superiore al semestre, rinnovo compreso, e non era risolubile prima del termine previsto, salvo *faute grave*.

Ma, a dirla con la massima con cui è stata martellata, da casa a scuola, quella nostra infanzia di un'altra età, così diversa da farci ormai dubitare d'esserci mai stata, cioè "di buone intenzioni è lastricata la via dell'inferno", la lezione dei fatti è stata amara: scarsa o nessuna fortuna in patria, se pur molta risonanza oltre confine. Vita breve quella del Cne, consumatasi in meno di un triennio, dall'agosto 2005 al giugno 2008; brevissima quella del Cpe, esauritasi in tre settimane, dal marzo all'aprile 2006. Facendo il verso ad una celebre terzina dantesca, ben si può dire che per il Cpe poté la piazza, costretto come fu a morte rapida ed ingloriosa, da una violenta contestazione studentesca; mentre per il Cne, più della piazza poté la magistratura, condannato come fu ad un'agonia lenta da una controllata giurisprudenza, qui attestata a difesa della dote garantista lasciatale in eredità, fino a giudicare la legge patria illegittima per palese contrarietà a quella internazionale.

Ad inchiostro ancor fresco dell'atto di nascita del Cne, l'intero universo del sindacalismo francese si ritroverà compatto nel far ricorso al Consiglio di Stato, per essere il periodo di *consolidation* troppo lungo con riguardo all'esonerazione dal licenziamento motivato, sì da risultare illegittimo ai sensi dell'art. 24 della Carta sociale europea e della Convenzione Oil n. 158 del 1982. Se questo primo *round* segnò un punto a favore del Cne, tutto lo svolgimento successivo del confronto giudiziario gli suonò contro, con un indirizzo consolidatosi nel senso di un suo contrasto con la Convenzione Oil, tanto da dover essere convertito in un normale Cdi: alle decisioni negative prese da vari *conseils de prud'hommes* nel 2006 seguivano le pronunce conformi rese dalle Corti di appello di Bordeaux e di Parigi nel 2007, anno della sua bocciatura da parte della stessa Oil.

Nato per render certo un licenziamento effettuato nel periodo di *consolidation*, esonerandolo dall'obbligo di dover offrire un motivo sindacabile dal giudice, il Cne veniva spogliato del suo carattere di contratto a tempo indeterminato peculiare e ricondotto nell'alveo di quello normale; tant'è che la stessa CGPME, l'associazione dei piccoli imprenditori, aveva finito per suggerire ai suoi aderenti di accompagnare un eventuale licenziamento col suo bravo motivo. Nient'altro che una conferma della relativa impotenza della legge a fronte di una giurisprudenza, che ben può forzarne l'interpretazione o addirittura paralizzarne l'applicazione, oggi come non mai, data la moltiplicazione delle fonti cui far riferimento – interne, comunitarie e internazionali – caratterizzate da un crescendo di generalità e genericità e da un confuso rapporto di gerarchia. Tant'è che pur risultando il bilancio positivo, almeno a stare a quanto dichiarato dal Governo, per cui solo otto mesi dopo il varo sarebbero stati sottoscritti 350.000 Cne, peraltro con un effetto occupazionale aggiuntivo di solo il 10%; nonostante questo, lo sbocco finale era inevitabile, cioè di una cancellazione, fatta sotto la copertura di una più complessiva riforma, ma pur sempre con la beffa di una conversione del Cne esistenti in Cdi.

Col ritardo proprio di un epitaffio, a qualche giorno dal decesso del Cne, avvenuto per abrogazione il 28 giugno 2008, il 1° luglio la Corte di Cassazione confermava la pronuncia della Corte di appello di Parigi, dichiarandolo non rispettoso della Convenzione Oil n. 158, in quanto sottratto alla disciplina protettiva prevista per un Cdi, cioè l'attivazione di una procedura preventiva e la

prova dell'esistenza di "*une cause réelle et sérieuse*", debitamente comunicata e puntualmente soggetta a verifica giudiziale. Una condanna per il passato che suona come diffida per il futuro, se ed in quanto tornasse a qualcuno la voglia di riesumare un qualcosa di simile; ma che anche rappresenta una lezione esportabile al di fuori dei confini della Francia: di una *flexsecurity*, che, ognuno sa dov'è, nella *felix* Danimarca, posta lassù a guardia del mar Baltico, ma nessuno è in grado di farla fiorire *chez lui*, qui giù sulla riva del Mediterraneo, senza cambiar il clima del suo paese, quello stesso che fino ad ieri ne aveva costituito un vanto.

#### b2) La *rupture conventionnelle*.

Se c'era una lezione che il legislatore francese doveva tener ben presente, era quella ricavabile dalla sfortunata vicenda del Cne e del Cpe che, a farla breve, poteva essere ricondotta ad una duplice causa: l'averla imposta senza alcuna previa concertazione e l'averla costruita come una modifica frontale della disciplina del licenziamento. Che l'abbia fatto, lo testimonia la l. 25 giugno 2008, che si ispira all'Accordo nazionale interprofessionale (Ani) dell'11 gennaio dello stesso anno<sup>287</sup>, nell'abrogare la vecchia figura del Cne e nel varare la nuova della "*rupture conventionnelle*", con un cambio di marcia maturato appieno nel biennio 2007-2008.

Il che appare evidente nel flusso legislativo del biennio 2007-2008, a partire dal metodo elevato dalla Commissione europea a duplice prerequisito di una *flexsecurity* a vantaggio comune: dialogo sociale e decentramento contrattuale. Il dialogo sociale era già stato rafforzato con la l. 31 gennaio 2007, mentre il decentramento contrattuale sarà realizzato con la l. 20 agosto dello stesso anno, nel contesto di un sostanziale ripensamento del modello di rappresentanza sindacale, da presuntiva-qualitativa ad effettiva-elettiva, facendone il presupposto di un possibile adattamento collettivo del sopravvissuto limite legale delle 35 ore.

Sulla linea del contratto Ani, la legge dà corpo ad una *flexsecurity* "alla francese", che continua a riconoscere la primazia del contratto a tempo indeterminato, ma senza pretendere di renderla tendenzialmente esclusiva, con una qualche variante della figura di contratto unico, condannata dalla precedente esperienza, e colloca l'esigenza di una maggior flessibilità di uscita dal contratto a tempo indeterminato nel contesto di una articolata politica del lavoro – peraltro in notevole misura recuperata dal passato ed assemblata in un tutt'uno inscindibile – fatta di gestione previsionale dell'occupazione e delle relative competenze, di formazione permanente, di inserzione occupazionale dei giovani, di ricollocazione assistita, di sicurezza delle transizioni professionali per via della portabilità dei c.d. diritti sociali di prelievo, di revisione dell'indennità di disoccupazione.

L'esigenza della flessibilità in uscita dal contratto a tempo indeterminato non solo si lascia alle spalle la precedente preminenza, ma si ritrova soddisfatta con una misura all'insegna della continuità: non più un contratto "speciale", che, nel periodo di *consolidation*, sia risolubile dal datore, senza darne il motivo; ma un accordo "speciale" fra datore e lavoratore, che, nel vigore di un contratto "ordinario", permette di mettervi fine. La convenzione, detta anche di "*rupture amiable*", regola la tempistica della rottura che è rimessa alla libertà delle parti, solo che non può essere anticipata rispetto alla data di omologazione della medesima; mentre la dimensione della contropartita economica a favore del lavoratore, indicata come "*indemnité spécifique de rupture*

<sup>287</sup> V. S. LAULOM, *Il diritto del lavoro francese di fronte alla crisi*, in G. LOY (a cura di), *Diritto del lavoro e crisi economica*, cit., 141 ss.

*conventionnel*” è prefissata nella sua misura minima dalla legge, cioè tale da non poter essere inferiore a “*l’indemnité légale de licenciement*”. Ma non è lasciata a se stessa, bensì inserita in una procedura intesa ad accertare l’esistenza di una volontà consapevole e genuina, con un’attenzione prevalente se pur non esclusiva alla parte lavoratrice: introduzione di un *tempus deliberandi* di almeno quindici giorni, decorrenti dalla data di sottoscrizione della convenzione, entro il quale può essere esercitato “*un droit de retractation*”, senza bisogno alcuno di motivarlo; configurazione di una procedura amministrativa, condotta in contraddittorio e conclusa con l’accoglimento, anche tramite silenzio-assenso, oppure con il rigetto della richiesta omologazione, condizione di efficacia della convenzione; previsione di una impugnativa, che sola può rimettere in discussione l’efficacia già acquisita dalla convenzione, da coltivare di fronte a “*le conseil de prud’hommes*” entro dodici mesi dalla data in cui l’omologazione è stata concessa o negata.

### b3) Uno, due, tre ... cento contratti.

Se tutto questo continua ad avere un’eco particolare in Italia, lo ha senza tener sufficientemente conto del periodo che ci attende, dove non sarà facile concedersi il “lusso” di dar per scontato l’an e di privilegiare il *quomodo* del lavoro. È già in atto quel *double-dip*, che, con il rientro a mezzo 2011 nel tunnel recessivo, rende ancor più pressante e frenetico il ricorso allo strumentario classico di intervento su un mercato del lavoro in perenne stato di riadattamento. Stando al consuntivo ricavabile da un lungo corso e ricorso, l’affidamento ad un tale strumentario, quanto più appare coatto, tanto più riesce eccessivo, non fosse altro perché viene promosso e propagandato come primo atto di consolidamento dell’esistente, destinato ad essere seguito da un secondo, di rilancio. Solo che il Governo può rapidamente varare un piano di pronto soccorso, pur sempre destinato a scontare sul medio periodo il limite di un bilancio in rapido prosciugamento; ma deve contare per far ripartire lo sviluppo soprattutto sul ritorno di un clima mondiale favorevole.

Di questo ricorrente *revival* dello strumentario in parola, costituisce l’aspetto più appariscente e seducente per uno studioso di diritto del lavoro proprio il campionario contrattuale ereditato, riadattato, varato *ex novo*. E quello francese che l’attuale momento difficile ci restituisce - figlio di un intreccio di fonti legislative e collettive, non senza l’apporto creativo dei giudici - appare estremamente complesso ed articolato, con al centro un contratto a tempo indeterminato che appare ben lungi dall’aver acquisito il sembiante di quel contratto unico reso “flessibile” per un periodo iniziale di *consolidation*. Esso mantiene un regime rigido del recesso datoriale, differenziato secondo il motivo, “*licenciement pour motif personnel*”, comprensivo del “*licenciement disciplinaire*”, e, rispettivamente “*licenciement pour motif économique*”, che, però deve essere sempre giustificato in base ad “*une cause réelle et sérieuse*”. Un licenziamento ingiustificato non è invalido, ma, se il lavoratore è occupato da non meno di un biennio presso un imprenditore con almeno undici dipendenti, il giudice può proporre la reintegra, ma lo fa raramente restando la sua solo una proposta condizionata dalla comune accettazione delle parti in causa, sicché tende a ripiegare di massima sulla condanna ad un indennità di “*rupture du contrat*” non inferiore a sei mesi di retribuzione, da cumularsi, se il lavoratore sia impiegato da almeno un anno, con l’indennità di licenziamento. Mentre un “*licenciement prohibé*”, in quanto discriminatorio, intimato a chi è stato o ha rifiutato di essere molestato sessualmente o moralmente, comminato per uno sciopero legittimo, è nullo, tanto che il giudice deve condannare alla reintegra, ferma restando la facoltà del lavoratore di chiedere solo la liquidazione dei “*dommages-intérêts*”, in aggiunta all’indennità di “*rupture du contrat*” ed all’indennità di licenziamento.

Particolare interesse riveste il procedimento relativo al licenziamento economico individuale, che l'imprenditore deve eseguire secondo l' "*ordre des licenciements*" fissato da un contratto collettivo o da lui stesso, restando fedele a quanto prescritto dalla legge e consultando l'organo sindacale presente in azienda; e deve farlo precedere da un "*entretien préalable*" con l'interessato ove proporgli un programma "*de formation et d'adaptation*" in vista di un "*reclassement*" nell'impresa o nel gruppo di imprese cui essa fa capo, nonché seguire da una comunicazione all'autorità amministrativa competente, fermo restando che il licenziato godrà di "*une priorité de réembauche*". Tale procedimento mantiene lo stesso passo se il licenziamento economico è collettivo, con qualche distinguo a seconda che riguardi non più di nove ("*petit*") o ad almeno dieci dipendenti ("*grand*") nell'arco di trenta giorni; ma nel secondo caso ("*grand*") la comunicazione all'autorità amministrativa deve essere dettagliata ed effettuata nel corso stesso del procedimento e, se l'imprenditore licenziante occupa almeno cinquanta dipendenti, deve predisporre un "*plan de sauvegarde de l'emploi*", che se omesso o difettoso, rende annullabile l'intero procedimento, il quale, una volta dichiarato tale, almeno secondo un certo indirizzo, renderebbe nulli i licenziamenti già eseguiti, con conseguente diritto alla reintegra<sup>288</sup>.

Alla luce di quanto detto, l'unico modo di rendere flessibile per un periodo iniziale il Cdi rimane quello classico del patto di prova di per sé idoneo a sottrarre un eventuale recesso datoriale nel corso del suo svolgimento al regime protettivo proprio del Cdi, fermo restando un possibile ricorso per presunto *abus de droit*, in quanto tale recesso sia stato effettuato per un motivo diverso dal difetto della competenza richiesta. E proprio per rendere il Cdi competitivo rispetto al Cdd, il tempo massimo del periodo di prova è stato prolungato di recente, sì da risultare di quattro mesi per gli operai e gli impiegati, sei per gli "*agent de maîtrise*" ed i tecnici, otto per i quadri.

Scontata appare la sopravvivenza del "*Contrat à durée déterminée*", che, una volta esaurito l'eventuale periodo di prova, è risolubile unilateralmente, solo per "*faute grave*": certo, a partire dall'inizio del decennio '80 è stato sottoposto ad un regime più rigido, che lo ha restituito limitato nell'uso (ad un bisogno strettamente temporaneo, come reso da un elenco casistico puntuale ed essenziale), e ristretto nel tempo (seppur prorogato, non prolungabile oltre i diciotto mesi), sanzionando l'uno e l'altro eccesso con la conversione in Cdi; nonché, come visto, accresciuto nel costo, con l'obbligo di pagare allo scadere del termine, non seguito da una proposta di continuare con un Cdi, "*une indemnité de précarité d'emploi*". Ma, nonostante tutto, il Cdd è pur sempre rimasto il progenitore di un interminabile *continuum* generazionale di contratti temporanei, servendo da modello per il loro regime, con un vitalismo ben lungi dall'essersi esaurito; nonché è, a tutt'oggi, uno strumento multi-uso, non solo per quello tipico di rispondere ad un bisogno temporaneo, ma anche per quello atipico di contare su un periodo di prova lungo o di permettere un adattamento rapido al ciclo, qui non senza una possibile prosecuzione con un Cdi, che ben può essere incentivata, secondo una politica di stabilizzazione rinvenibile nella stessa esperienza francese.

Come riesce, altresì, scontata, la presenza di contratti dotati di benefici effetti occupazionali, come tali promossi liberalizzandone l'uso, spesso non scelti, ma subiti dalle componenti deboli su

<sup>288</sup> Per la disciplina del *licenciement pour motif économique* in Francia, v. P. CHAUMETTE, *Le licenciement pour motif économique en droit français*, in *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Cacucci, Bari, 2001, 51 ss.

un mercato del lavoro sempre più segmentato. Ci si riferisce al *part-time*, che isola il lavoro femminile in un autentico ghetto; nonché al lavoro interinale che imprigiona il lavoro giovanile poco o niente professionalizzato in un vero e proprio circuito vizioso. Quest'ultimo appare nel suo modulo classico di un rapporto triangolare a scopo lucrativo, con l'impresa fornitrice che si fa controparte sia dell'impresa utilizzatrice ("*Contrat de mise à disposition*"), sia della persona che si impegna a prestare la propria opera ("*Contrat de mission*"); un modulo, peraltro, declinato secondo una doppia variante, di "*Travail temporaire*" e di "*Travail à temps partagé*", distinti fra loro per il "*Contrat de mission*" stipulabile fra impresa fornitrice e lavoratore: nel primo caso, a tempo determinato per un periodo massimo di sei mesi, ma usato mediamente per un paio di settimane, per far fronte ad un bisogno temporaneo, sì da risultare fungibile rispetto al Cdd; nel secondo, a tempo indeterminato, per soddisfare un impegno di medio-lungo periodo sempre dell'impresa utilizzatrice.

Non è questo, bensì altro, a richiamare l'occhio dell'esploratore italiano, addentratosi nel territorio francese all'inseguimento del "mitico" contratto unico, cioè un incredibile rigoglio di contratti "speciali", proposti e riproposti da fonti legali o collettive, spesso solo cambiandone i nomi, quasi a far dimenticare i loro limitati successi od insuccessi. Se si procede oltre il compiaciuto stupore di ritrovare qui quanto è pesantemente criticato in Italia, ci si accorge che il fenomeno è riconducibile ad un approccio ben noto e diffuso, destinato a riprendere fiato e vigore ad ogni aggravarsi del problema occupazionale. Di questo costituisce tratto costante un duplice elemento: costituito, il primo, da un orientamento privilegiato a favore dei lavoratori "svantaggiati" in quanto giovani, donne, *unskilled*, privi di precedenti lavorativi, che sono quelli a pagare per primi; rappresentato, il secondo, da un principio, battezzato oltralpe col termine espressivo di "*donnant-donnant*", per cui l'onere conseguente non può essere posto tutto a carico di un bilancio statale sempre più sofferente, ma deve essere diviso con le imprese. E di ciò è chiamato a farsi carico un "*instrument budgétaire*" statale, il *Fonds national de l'emploi (Fne)*, che, con la cooperazione del *Pôle emploi* e delle istituzioni responsabili della formazione professionale, promuove convenzioni con imprese ed organizzazioni professionali, destinate a far da supporto ad interventi vari, fra cui, appunto, contratti debitamente incentivati, esentandoli dai contributi sociali, aprendo finanziamenti per percorsi formativi, peraltro col rischio intrinseco a tali tipi contrattuali, di cui è ben consapevole chiunque li utilizzi, cioè di produrre con un prezzo tendenzialmente elevato quello stesso risultato che si sarebbe ottenuto *gratis et amore dei*, per spontaneo movimento del mercato; o di realizzare un incremento occupazionale meramente sostitutivo; o di squilibrare il rapporto concorrenziale in termini di costo del lavoro fra imprese ammesse ed imprese escluse dal ricorso ai contratti incentivati.

Se si comincia col prendere in considerazione i contratti in cui l'inserimento al lavoro la fa da padrone, con eventuale servente la formazione, ad aprire la lista è quel "*Contrat unique d'insertion*" (Cui), divenuto lo strumento elettivo per dare lavoro a soggetti di difficile collocamento per motivi sociali o economici: presuppone un accordo fra ente promotore, imprenditore e lavoratore destinato a beneficiarne, cui segue il contratto di lavoro fra imprenditore e lavoratore beneficiario; e nasconde sotto un tale soprannome una duplice variante, a tempo indeterminato o determinato, con una retribuzione non inferiore allo Smig (*salair minimum interprofessionnel garanti*): le "*Contrat initiative-emploi*" (Cie), riferito al settore commerciale e le "*Contrat d'accompagnement dans l'emploi*" (Cae), relativo al settore non commerciale. Più selettivi risultano essere, da un lato, le "*Contrat d'insertion dans la vie sociale*" (Civis) e le "*Contrat de volontariat pour*

*l'insertion en milieu militaire*", che puntano a facilitare l'inserimento nella vita civile e militare di giovani in difficoltà, fra i 16 ed i 25 anni e, rispettivamente, fra i 18 e i 21; e, dall'altro, un contratto con termine più lungo di quello massimo previsto per il Cdd, riservato ai lavoratori disoccupati di più di 57 anni.

Se, poi, si passa ai contratti in cui, almeno sulla carta, è la formazione a recitare la parte della protagonista, allora, alla prima riga della lista appare il classico "*Contrat d'apprentissage*", di durata variabile fra uno e tre anni, riservato ai giovani con meno di 25 anni che intendono acquisire una professionalità completa: risolubile unilateralmente solo per "*faute grave*", ripetute inadempienze, inettitudine dell'apprendista, dopo un periodo di prova di due mesi. A questo fa da coprotagonista il "*Contrat de professionnalisation*": declinabile come "*Contrat de professionnalisation à durée déterminée*" o come "*Action de professionnalisation située au debut d'un contrat à durée indéterminée*" aperto anche a lavoratori con più di 25 anni che vogliono acquistare la specializzazione richiesta dal lavoro per cui vengono assunti.

Col che il panorama contrattuale del nostro cugino francese può dirsi delineato, senza peraltro pretendere né di averlo esaurito, né di averlo approfondito, come certo sarebbe stato necessario con un approccio diverso da quello prescelto. Ma lo sguardo offertone appare qui sufficiente per ridimensionare di molto il riferimento nostrano al "contratto unico" alla francese, che nel suo modello effettivamente varato e sperimentato, cioè il Cne, si è rivelato capace di produrre un certo ritorno, ma non di superare il duplice esame cui è stato sottoposto: quello di una ricerca di lavoro affamata di occupazione stabile, che vi ritrovava pur sempre una prima fase a libera uscita; quello di una giurisprudenza attestata a difesa dell'eredità garantista, che vi vedeva una grave inosservanza di quella obbligazione a giustificare il licenziamento, elevata a regola aurea dello stesso diritto internazionale del lavoro, a prescindere dalla sanzione applicabile. Nel contesto di un sistema sanzionatorio che pur si estende dal civile al penale, ma preferisce pur sempre le misure *soft*, indennitarie e risarcitorie, rispetto a quella *hard*, data dalla reintegra, quest'ultima è ben lungi dall'essere vissuta all'italiana, come una mitica linea del Piave; vi appare ridimensionata a facoltativa e mantenuta obbligatoria solo eccezionalmente, peraltro con una differenza di fondo, a tutto merito della loro coerenza e a tutto demerito della nostra incoerenza: là può essere effettiva, cioè passibile di "*execution en nature*", qui può ben restare virtuale.

Comunque di "unico" non c'è mai stato niente, perché il Cne e il Cpe non pretendevano certo di esserlo in diritto; né il Cne lo è stato in fatto nel corso del suo breve percorso vitale. Quel che pare trovare conferma nel sistema francese è un insegnamento ormai tanto scontato, da apparire di senso comune, cioè che il precariato andrebbe affrontato distinguendo fra quello "fisiologico", che contraddistingue il primo ingresso in un mercato del lavoro, e quello "patologico" di uno stato destinato a perpetuarsi a vita. Considerarlo è importante, ma senza farne il problema esclusivo, che porterebbe a fare affidamento su un unico contratto a tempo indeterminato più o meno flessibilizzato, privandosi di quel pluralismo tipologico ritenuto a tutt'oggi necessario per sfruttare ogni porzione della domanda e per valorizzare ogni componente dell'offerta; se lo si mantiene come un problema da affrontare e risolvere secondo un approccio complessivo, allora in presenza di una domanda stagnante o addirittura recessiva, la regola applicabile sarà molto simile a "*mors tua, vita mea*". Se si stabilizzeranno i giovani, si renderanno falsi occupati o veri disoccupati gli anziani ben lontani dai loro pensionamenti: i primi potranno giocare su una professionalità più fresca ed aggiornata, sempre che la possano far valere di fatto, non solo in base ad un titolo; i secondi continueranno ad avere dallo loro una più lunga e credibile esperienza e fidelizzazione.

Come è ormai dogma acquisito di qualsiasi variante della *flexsecurity*, forte o debole, l'ombrello protettivo dovrebbe essere socchiuso sul rapporto ed aperto a tutto raggio sul mercato, con un supporto pubblico e privato, che non si limiti ad un sostegno passivo del reddito, ma si preoccupi di un ricollocamento "guidato". Certo è più facile dirlo che farlo, perché un ricollocamento per quanto provvisto di tutto il sofisticato armamentario di formazione continua e di ricerca attiva messo a punto nel corso degli anni, richiede pur sempre un certo dinamismo economico capace di produrre e riprodurre posti di lavoro; ma questo non ci esime dal concludere il nostro discorso sulla Francia, con un sia pur rapido sguardo alle politiche attive e passive.

#### b4) Politiche attive e passive: supporti formativi ed ammortizzatori sociali.

I. Senza voler qui offrire un quadro delle politiche attive praticate in Francia, c'è da sottolineare come esse ruotino essenzialmente sulla formazione, tanto da coinvolgere lo stesso contratto di lavoro tipico, facendone derivare, a carico dell'impresa, una "*obligation d'adaptation et de maintien de la capacité professionnelle*", la cui inosservanza riesce rilevante in sede di licenziamento economico ed è, comunque, sanzionabile in quanto tale, e, a capo del lavoratore, il diritto a "*le congé individuel de formation*", che gli permette di seguire a titolo individuale un percorso formativo indipendente dal piano predisposto dalla sua impresa e, rispettivamente, "*le droit individuel à la formation*", sotto forma di un "*crédit d'heures de formation*", di 20 ore per anno, cumulabili fino ad un *plafond* di 120 ore su un periodo di sei anni, trasformato di recente in "*portable*", cioè col tempo-ore residuo trasferibile nel suo corrispondente valore su un nuovo rapporto.

Questo si inserisce nel cambio che è venuto prendendo piede dal 1970 sotto l'influsso del modello tedesco, cioè un tendenziale spostamento di interesse da una formazione professionale iniziale affidata prevalentemente se non esclusivamente ad un sistema scolastico pubblico, ad una sempre più condivisa con il mercato; cambio che, come ovvio, si è riflesso nel rilancio dell'apprendistato: le "*Centres de formation d'apprentis*" (Cfa), creati per convenzioni *ad hoc*, vengono finanziati da una "*taxe de apprentissage*" dello 0,5% della massa salariale, regolata in maniera da favorire il ricorso al contratto ed accompagnata da una "*indemnité compensatrice forfaitaire*", più un credito d'imposta, a favore dell'impresa utilizzatrice; e si è poi aggiunto il varo dei "*contrats d'insertion en alternance*", oggi riuniti e ricomposti nel "*contrat de professionnalisation*".

Oltre alla dote formativa assicurata allo stesso contratto di lavoro tipico, l'altro tratto del sistema francese meritevole di richiamo è l'attenzione spesa a favore della "*formation professionnelle tout au long de la vie*", vale a dire permanente, articolata su più varianti, destinata ai lavoratori futuri, attuali o *ex*, con estensione anche a quelli indipendenti: in particolare ce n'è una peculiare per i disoccupati, disponibile, nell'ambito del "*plan de sauvegarde de l'emploi*", per i dipendenti licenziati o, nel contesto dell'assicurazione contro la disoccupazione, per gli assicurati. La sua gestione chiama in causa come protagonisti i poteri pubblici, Stato, Regioni, Centri appositi (Afp) e le parti sociali, con una contribuzione delle imprese pari nel minimo all'1,6% della massa salariale.

II. Le politiche passive sono sostanzialmente affidate a due istituti classici, quali "*l'assurance chômage*" e il "*chômage partiel*", che non presentano particolari elementi innovativi. La prima conserva a suoi prerequisiti, l'iscrizione al *Pôle Emploi*, una certa anzianità contributiva, la perdita involontaria del posto di lavoro, la ricerca "*permanent et effective*" di un posto; quest'ultima via via sottoposta a condizioni tanto stringenti, da porre il lavoratore iscritto in uno stato di quasi subordinazione, esposto com'è al rischio di essere "radiato" se non compie atti positivi e ripetuti per trovare un lavoro oppure se rifiuta di partecipare ad un progetto personalizzato di accesso

all'impiego o, per due volte, di prendere in considerazione una "*offre raisonnable d'emploi*" senza "*motif légitime*" o di seguire un'azione di formazione o d'aiuto alla ricerca di un impiego o di rispondere a tutte le convocazioni del *Pôle emploi* o di sottoporsi ad una visita medica preliminare ad un impiego o di aderire ad una misura "*d'insertion*" o alla proposta di un contratto di apprendistato, "*de professionnalisation*" o di un "*autre contrat aidé*". Basta leggere questo elenco per capire come esso possa trasformarsi nelle mani di una rete di servizi professionalizzata ed efficiente in un'autentica macchina, capace di coniugare la politica passiva del sostegno del reddito con quella attiva del *workfare*, contenendo il rischio di una deriva assistenziale-parassitaria e contribuendo a mantenere la forza lavoro impegnata in un contatto attivo con il mercato ed inserita in un processo formativo continuo.

La durata dell'*assurance chômage* è pari a quella della contribuzione, fino ad un massimo di 730 giorni (due anni), prolungabile fino a 1095 (tre anni) per i lavoratori di cinquant'anni o più; ma comincia a decorrere non da subito, ma solo dopo un tempo d'attesa di sette giorni, cui s'aggiunge un tempo "*d'un différé d'indemnisation*", calcolato sulla base di alcune indennità liquidate al momento della cessazione del rapporto, considerate tali da poter offrire una temporanea copertura; mentre la misura oscilla intorno ad una percentuale di circa il 60% della retribuzione lorda sottoposta a contribuzione nei dodici mesi precedenti. Come è facile osservare, trattasi di una assicurazione che per durata e misura può essere considerata valida, se pur ristretta ai soli lavoratori che abbiano maturato la necessaria anzianità contributiva e graduata nella durata a quella stessa anzianità.

Le *chômage partiel* presuppone la sopravvivenza del rapporto di lavoro, con un tempo di lavoro ridotto od azzerato per una "*contrainte*" di ridurre o sospendere temporaneamente l'attività, compensato da un'indennità corrisposta dallo Stato ed integrata dall'impresa, limitata di massima a 1000 ore all'anno; solo che dopo soltanto 4 settimane di interruzione totale del lavoro la somma pagata a titolo di *chômage partiel* lascia il posto a quella corrisposta a titolo di *chômage total*. A prescindere dalla complessa disciplina che la regola, la retribuzione sostitutiva percepita da un lavoratore a zero ore si aggira intorno al 40%, sì da aver creato il problema di un eventuale obbligo dell'imprenditore di coprire il divario; risolto, peraltro, dalla giurisprudenza in senso negativo, quando ad esser richiamata come giustificativa sia la stessa *contrainte* prevista dalla legge.

Ad un osservatore italiano che confronti questo istituto con la nostra Cig, esso appare comparabile all'ordinaria, ma con durata e misura più contenute. E questo pare il frutto di un preciso indirizzo, cioè quello di privilegiare di massima uno stato di autentica disoccupazione, che libera le imprese e attiva le persone licenziate in attività di *workfare* rispetto ad uno di falsa occupazione, che paralizza le prime e conserva passive le seconde; il che trova la sua contropartita proprio in un'assicurazione contro la disoccupazione che, come visto, risulta certo generosa, ma condizionata ad una continua disponibilità dell'assicurato a farsi protagonista della sua ricerca di lavoro e della sua formazione.

## 5. Il panorama italiano: luci ed ombre.

È possibile, anzi probabile, che l'*excursus* appena concluso sia sembrato lungo e scolastico, ma esso sarebbe dovuto servire a confermare quell'antico e sempre valido insegnamento per cui è poco corretto e redditizio scorporare un pezzo dall'insieme cui fa capo, cioè "*le contrat nouvelles embauches*" dal suo diritto, il francese, per farne il modello di riferimento di un contratto unico da innestare in un altro diritto, l'italiano. Detto questo, rimane sempre che fra l'uno e l'altro

Paese, dislocati al di qua ed al di là delle Alpi, c'è una tendenziale convergenza che li fa classificare entrambi a *flexsecurity at the margin*; figlia non di una programmazione consapevole, ma di una risposta congiunturale, divenuta sempre più febbrile, con a risultanza una stratificazione alluvionale. A considerarla oggi con l'occhio del giurista-geologo, tale stratificazione appare composta da tre falde sovrapposte, riconducibili a precise congiunture storiche e riconoscibili come cause di altrettante fratture nel sistema. A prendere come chiave di lettura la tipologia contrattuale, la prima stratificazione pare costruita su di un modello produttivo imperniato su un organico tendenzialmente stabile, frutto del monopolio del contratto a tempo indeterminato e pieno, col contratto a termine confinato ed isolato in un reparto infettivo ed il *part-time* del tutto ignorato. Proprio nel corso di quel decennio che vede migrare il principio di un licenziamento individuale proceduralizzato e giustificato da un accordo interconfederale alla legge, prende corpo la *summa divisio* circa la tutela applicabile a fronte di licenziamenti privi di giustificato motivo o di giusta causa, costruita e modellata a misura della dimensione occupazionale della singola unità produttiva (fino a quindici o sopra i quindici dipendenti); mentre il licenziamento collettivo rimane affidato ad un accordo interconfederale che si limita a procedimentalizzarlo, peraltro con un istituto di ammortizzo preventivo quale costituito dalla Cig.

Secondo la contrapposizione canonica, tutela obbligatoria ex art. 8 l. n. 604/1966 e tutela reale ex art. 18, l. n. 300/1970 si fronteggiano, con a spartiacque quella reintegra che, peraltro, suona come virtuale (continuità giuridica del rapporto) e non come reale (restituzione fisica del posto), con la facoltà esercitabile dal lavoratore di monetizzarla forfettariamente in quindici mensilità. Chi abbia vissuto il tempo del dopo-Statuto, conserva piena memoria della *querelle* sviluppatesi dalla crisi petrolifera e dalla conseguente ristrutturazione industriale del decennio '70 nei confronti di questa distinzione fra una protezione *soft* ed una *hard*, dipendente dall'aver un'unità in più od in meno rispetto ad una soglia priva di qualsiasi oggettiva rilevanza; tanto che è stato fin troppo facile attaccarla da dritta e da manca, considerandola da parte imprenditoriale come ragione prima della resistenza a crescere, sì da sollecitarne almeno un innalzamento e condannandola, da parte sindacale, come causa prevalente di una prima segmentazione del mercato del lavoro, fra occupati nelle grandi e medie imprese e nelle piccole, sì da volerne quantomeno un abbassamento.

Come si sa, quella *summa divisio* si sarebbe perpetuata fino ai nostri giorni, promossa a pieni voti dalla Corte costituzionale e rinforzata dalla l. n. 108/1990 — con riguardo alla soglia, prevista anche per l'impresa nel suo complesso (fino ai sessanta o sopra i sessanta dipendenti), nonché alla misura della tutela obbligatoria — cui da lì a poco veniva a far compagnia la l. n. 223/1991, che a sua volta traduceva il vecchio accordo interconfederale sui licenziamenti collettivi in testo legislativo. Ma si sarebbe trovata presto una compagna, perché nel corso del *post-statuto*, la scena era venuta cambiando, con l'emersione di una seconda stratificazione *double face*, ben resa dall'accoppiata costituita dalle ll. nn. 285/1977 e 675/1977.

Faceva la sua comparsa la stretta derivante dalla inoccupazione giovanile e dalla disoccupazione adulta, con a risposta la nascita ufficiale della variante italiana della *flexsecurity at the margin*. Attenzione, questa seconda arrivata presentava una significativa differenza rispetto alla precedente *summa divisio*: operava nel mercato, con riguardo all'inoccupato alla ricerca di un primo lavoro o del disoccupato alla caccia di un nuovo posto, non nel rapporto; e risultava prevalentemente strutturale, come effetto di una mutazione economica reale, non sovra-strutturale, come

risultato di una regola artificiale, quale quella di una soglia numerica posta a guardia della reintegra.

Quel decennio '70 che si apre con lo Statuto, si chiude con la legislazione della "crisi", poi ribattezzata con la denominazione, meno congiunturale e più accattivante, della "flessibilità". *Da un lato*, il contratto di formazione e lavoro licenziato dalla l. n. 285/1977 in veste di contratto a termine "atipico" - che avrebbe concesso di celare un lavoro sotto-costò, fra sconti normativi/retributivi ed incentivi contributivi, dietro l'alibi di un supporto formativo - si è rivelato il capostipite del prolifico e fortunato albero genealogico del "preariato". *Dall'altro*, la Cig straordinaria da crisi, varata dalla l. n. 675/1977 in funzione di una mobilità in uscita "atipica" - che avrebbe permesso di occultare un processo espulsivo dal mercato dietro il paravento di un trasferimento diretto da posto a posto - si è dimostrata l'anticipazione di una deriva assistenzialistica e discriminatoria di quella disciplina degli ammortizzatori sociali che già ne portava insita la causa scatenante nella disciplina consolidatasi in precedenza. Una disciplina, questa, che nella sua apparente razionalità, risultava sostanzialmente risolta e dissolta in una politica "passiva" di mera erogazione, di per se stessa produttiva di obsolescenza professionale e di attività in nero; preclusa per gli inoccupati; articolata su una distinzione fra lavoratori di "serie A", ammessi alla Cig ordinaria e straordinaria, e lavoratori di "serie B", esclusi dalla Cassa, e, se disoccupati, costretti ad accontentarsi delle indennità di disoccupazione ordinaria.

Sempre nella stagione dello Statuto c'è l'avvisaglia di una terza stratificazione, mezza strutturale e mezza sovrastrutturale, figlia di quella dissolvenza della linea di confine fra lavoro subordinato ed autonomo riflessa in una coppia di leggi del 1973, la n. 877 sul lavoro a domicilio e la n. 533 sul processo del lavoro. *La l. n. 877/1973* licenziava una nozione di subordinazione a misura del lavoro a domicilio, qualificandola *apertis verbis* come eccezione; ma senza riuscire ad impedire che una certa dottrina cercasse di far dell'eccezione la regola, per convertire la subordinazione codicistica da tecnico-funzionale a socio-economica: tradotta in quella formula colta di alienazione dal processo produttivo e dal prodotto, destinata a trovare *audience* presso la stessa Corte costituzionale, farà da bandiera nella continua campagna svolta per ampliare l'area del lavoro subordinato, a tutto scapito di quella del lavoro autonomo. *A sua volta, la l. n. 533/1973* varava una figura dalla rilevanza ibrida, cioè la "collaborazione" comportante "una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato": resa sostanziale e ribattezzata come "parasubordinazione", farà da testa di ponte nell'ininterrotta crociata condotta per estendere almeno parte della dote garantista dalla disciplina del lavoro subordinato a quella del lavoro autonomo.

Certo è una lettura *a posteriori*, sempre esposta alla tentazione di ricostruire il passato a misura del presente, ma a prescindere da quando sia stata concepita e da come si sia svolta la gestazione, quella spinta, battezzata con una parola orecchiabile quale "pan-subordinazione", sarebbe venuta a costituire una presenza costante: comune la finalità perseguita, cioè di estendere la tutela apprestata per la prestazione subordinata oltre la sua terra d'origine; ma duplice la strada disponibile, se pur percorsa in contemporanea, dilatare la nozione di subordinazione o/e applicare *in toto* o *pro parte* la sua disciplina all'attività autonoma considerata solo formalmente tale. Peraltro non si può dire che a tutt'oggi la fortuna le abbia sorriso più di tanto: secondo l'indirizzo giurisprudenziale del tutto dominante, il giudice si è ben guardato dal modificare il canone del lavoro subordinato dedotto dall'art. 2094 c.c., limitandosi a forzarlo per farvi rientrare tutto un corposo

e variegato campionario casistico; e stando all'alluvionale flusso legislativo, il legislatore si è limitato a creare nel territorio di confine tipi ibridi, conservati come autonomi, ma trattati come semi-subordinati, quali i co.co.co. e i co.co.pro. destinati a prenderne il posto.

È su una formazione così stratificata, destinata a scontare anche la presenza di una base costituita dal lavoro sommerso, che interverrà una legislazione ad ondate, non prive di alternanze fra aperture e chiusure a seconda delle maggioranze parlamentari, ma più o meno tutte sollecitate e giustificate da una politica europea passata quasi *d'emblée* da un'armonizzazione giuridica in vista di una tutela minima ad una coordinazione politica in funzione di una crescita (qualitativa e) quantitativa dell'occupazione. Qui è solo possibile far scorrere rapidamente tale legislazione, per restituire la sensazione della sua incalzante ed imponente sequenza, con la speranza, ma non la pretesa di restituirla in maniera significativa, se pur non esaustiva: la liberalizzazione del collocamento (ll. nn. 863/1984, 223/1991, 608/1996, dd.lgs. nn. 469/1997, 181/2000, 297/2002, l. n. 133/2008); la legittimazione, altalenante, del lavoro interinale/somministrato (l. n. 196/1997, d.lgs. n. 276/2003, ll. nn. 247/2007 e 133/2008); la valorizzazione dei contratti formativi e di inserimento (ll. nn. 863/1984, 196/1997, d.lgs. n. 276/2003, ll. nn. 133/2008, 183/2010, d.lgs. n.167/2011); l'apertura, a singhiozzo, rispetto al contratto a termine (ll. nn. 56/1987, 196/1997, d.lgs. n. 368/2001, ll. nn. 247/2007, 133/2008, 183/2010); la legificazione oscillante del *part-time* (l. n. 863/1984, dd.lgs. nn. 61/2000 e 276/2003, ll. nn. 247/2007, 183/2010) e dei contratti ad orario flessibile, *job on call* e *job sharing* (d.lgs. n. 276/2003, ll. nn. 247/2007, 133/2008, 183/2010); la modulazione dell'orario di lavoro (l. n. 196/1997, d.lgs. n. 66/2003, ll. nn. 133/2008, 183/2010); la disciplina della riduzione di personale, nella duplice variante di collocamento in mobilità e di riduzione di personale (ll. nn. 223/1991, 236/1993); la regolazione del lavoro a progetto (d.lgs. n. 276/2003, ll. nn. 2/2009, 183/2010).

Se la scelta è stata di privilegiare una scansione per istituti è perché questa è la tecnica legislativa seguita fino a ieri; ma ora c'è da tener conto di quell'autentico "apriti sesamo" della derogabilità alla contrattazione collettiva nazionale ed alla legge da parte di una contrattazione "di prossimità", territoriale ed aziendale, di difficile se non impossibile decifrazione, di cui all'art. 8, d.l. n. 138/2011, conv. nella l. n. 148/2011<sup>289</sup>, peraltro a tutt'oggi tale da dar l'impressione di esser nato vivo, ma non vitale. Tuttavia l'attenzione prioritaria per la disciplina sostanziale, non può né deve far dimenticare o sottovalutare la messa in discussione di una giurisdizione statale, considerata di per sé concausa rilevante della ricaduta distorcente sul rapporto e sul mercato del lavoro della rete posta a protezione del lavoro subordinato, per la lunghezza dei processi e la contraddittorietà fra dispositivi; messa in discussione che ha portato all'introduzione della certificazione (d.lgs. n. 276/2003, l. n. 183/2010), la stretta sulle clausole generali, la promozione dell'arbitrato, l'utilizzazione a tutto campo della decadenza (l. n. 183/2010).

Non bisogna, però, farsi impressionare troppo dalla rapida successione dei fotogrammi, perché di tale alluvionale vicenda legislativa, la *ratio* si è manifestata, di massima, *sub specie* non di una deregolazione *hard*, ma di una de- e ri-regolazione *soft*, con dalla sua una certa tensione perequativa, una specie di delega all'autonomia collettiva, se pur non priva di qualche apertura a quella individuale; mentre la incidenza sul diritto del lavoro "classico" si è espressa, di norma,

<sup>289</sup> Per un commento sia consentito il rinvio a F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT, 2011, n. 133.

sotto forma non di una attenuazione della rigidità della sua parte centrale, ma della creazione di una flessibilità marginale, per via di una moltiplicazione delle tipologie contrattuali di accesso al lavoro; la ricaduta sul mercato del lavoro si è rivelata, di regola, non la causa ma la risposta, più o meno congrua ed effettiva, ad una segmentazione prodotta dall'evolversi della congiuntura economica, della struttura produttiva, dell'organizzazione del lavoro.

Degna di altrettanta attenzione è la sequenza relativa agli ammortizzatori sociali, termine tanto generico ed ampio da ricomprendere un universo eterogeneo di istituti: l'indennità di disoccupazione; la mobilità; la Cig ordinaria e straordinaria; i contratti di solidarietà; i lavori o le attività socialmente utili ecc.... Ricostruirne la sequenza sarebbe utile solo per evidenziare l'involuzione febbrile ed asistemica che è venuta caratterizzandola a partire dalla l. n. 223/1991, allorché si è consumata l'ultima speranza di una riorganizzazione razionale e coerente, poi condannata a riecheggiare come una sterile grida manzoniana in tutta una serie di deleghe (ll. nn. 144/1999, 247/2007, 183/2010), destinate a restare, a tutt'oggi, lettera morta.

Se fino al passaggio del secolo si poteva accettare l'immagine di "una galassia normativa", per evidenziare la pluralità degli interventi, dei regimi, dei benefici riconosciuti; dopo, cioè a partire da quel d.l. n. 158/2001 (convertito nella l. n. 248/2001), con a suo biglietto da visita l'esser figlio del caso della "mucca pazza", si è incominciato ad utilizzare un'immagine assai più forte e scioccante, quella del "caos", per la sostanziale sterilizzazione della vigente disciplina normativa circa i presupposti stessi degli interventi derivante dall'attribuzione al Ministro del lavoro di una cambiale in bianco da utilizzare in deroga, come una sorta di "tappabuchi". La discrezionalità al limite dell'arbitrio ha accentuato oltre misura la imprevedibilità e la inaffidabilità di una politica "passiva", che cerca di superare la precedente macro-discriminazione fra *insiders* ed *outsiders*, nonché le molte micro-discriminazioni esistenti all'interno di entrambi questi due gruppi, coll'incrementare la percentuale della gente assistita a questo o quel titolo, grazie ad una disponibilità finanziaria straordinaria. Mentre poca strada in diritto, ma ancor meno in fatto, è stata percorsa per coniugare politica "passiva" ed "attiva" sul mercato del lavoro, condizionando il sostegno del reddito al rispetto di un programma di *workfare*; né poteva essere diversamente data la politica "passiva" che oggi passa il convento e dato l'impegno in termini di bilancio, di sistema di collocamento, orientamento, formativo, di personale specializzato, di senso civile richiesta da una politica "attiva" degna di questo nome.

## 6. L'impatto ecologicamente insostenibile del contratto unico.

È sul palcoscenico così apprestato, con un lungo e tormentato lavoro, che dovrebbe fare il suo ingresso da assoluto protagonista quel contratto unico assunto, nel linguaggio governativo, come strumento elettivo di fluidificazione del mercato del lavoro e subito trasformato, nel cicaluccio mediatico, in uno scioppo miracoloso idoneo a farci risolvere il problema occupazionale *par excellence*. E tale viene ritenuto il "precariato", inteso e definito al meglio secondo un criterio esclusivo, non inclusivo, cioè di esser tutto ciò che riesce diverso da un contratto a tempo indeterminato e pieno, non senza esporsi così ad un qualche rilievo tecnico: un contratto a tempo indeterminato non assistito dall'obbligo reintegratorio è più "precario" di uno a tempo determinato, per l'intero periodo coperto; un *part-time* non è di per se stesso né "stabile", né "precario", dipendendo tutto dal suo essere a tempo indeterminato, protetto o meno sotto l'ombrello dell'art. 18 St. lav.

Secondo un giudizio che si è visto essere condiviso anche a livello comunitario, il “precariato” viene vissuto come un fenomeno preoccupante più che per il suo rilievo quantitativo, per il suo contenuto qualitativo: un contenitore di lavoro giovanile, trasformatosi da strumento di ingresso sul mercato del lavoro finalizzato a facilitare il transito ad un contratto a tempo indeterminato, tale da consentire un percorso di crescita professionale e retributiva, cui correlare e coordinare un programma di vita, in un compartimento, chiuso sul lato ascendente verso un posto stabile, e aperto sul lato discendente verso un ritorno sul mercato, sì da riempirsi e svuotarsi a seconda del ciclo sempre con lo stesso personale, condannato ad invecchiare fra un “lavoretto” ed un “altro”.

È chiaro che qui il giurista dovrebbe chiamare a consulto l'economista; ma, una volta fattolo, dovrebbe ergersi a giudice di un conflitto interpretativo fra l'uno e l'altro indirizzo di pensiero, tanto intenso da fargli cambiare il radicato giudizio per cui riesca più facile dissentire sui concetti che sui numeri. Quel che chi scrive crede di poter trarre, dal suo faticoso girovagare da una tabella ad un diagramma, è di un “precariato giovanile” destinato a rimanere un problema importante, ma non più di questo, certamente meno rilevante rispetto all'altro di una “disoccupazione adulta”, non riciclabile, condannata a consumare professionalità e dignità in un'attesa a garanzia decrescente di una pensione di vecchiaia sempre più lontana<sup>290</sup>. E, in una situazione di stagnazione, se non ormai di aperta recessione, con una tendenziale restrizione dell'offerta di lavoro, non è praticabile alcuna operazione a somma zero, sicché qualsiasi politica promozionale a favore di una componente finisce per avere un effetto sostitutivo o di spiazzamento rispetto ad un'altra che vi sia in concorrenza, con la riproposizione dolorosa della scelta fra i giovani e gli adulti, beneficiari del supporto e rispettivamente chiamati a supporto delle rispettive famiglie.

Senza nulla togliere al drammatico rilievo assunto dal precariato giovanile, c'è da chiedersi se non ci sia a monte un qualche problema più grosso, che, per quanto discutibili e discussi, solo i numeri possono farci intravedere. Già si sono ricordati sopra i dati aggregati relativi all'area euro e alla UE, per il 2010 ed il 2011; ma ora si possono riprendere qui quelli pubblicati nello studio della Confindustria dell'11 gennaio 2012<sup>291</sup>, limitatamente ai Paesi sotto esame, cioè Italia, Francia e Danimarca, con l'aggiunta della Germania e della Spagna, a far da prima ed ultima della classe. Nel 2010, essi contavano, rispettivamente, su tassi di occupazione del 56,9%, 64%, 73,4%, 71,1%, 58,6% (giovanile del 20,5%, 30,8%, 58,1%, 46,2%, 24,9%) e di disoccupazione dell'8,4%, 9,8%, 7,4%, 7,1%, 20,1% (giovanile del 27,8%, 23,7%, 13,8%, 9,9%, 41,6%), ma su un tasso di occupati temporanei, rispetto a tutti i dipendenti, del 12,8%, 15%, 8,6%, 14,7%, 24,9%, con un tasso di trasformazioni in permanenti del 36,3%, 17%, non rilevato, 36,1%, 32,2% (in media, ma concentrato nei giovani dai 15 ai 24 anni, con tassi del 46,7%, 55,2%, 21,6%, 57,2%, 58,6%). A penalizzare pesantemente l'Italia sono i tassi di occupazione/disoccupazione, secondo un'ovvia relazione fra la complessiva e la giovanile; non quelli di occupati temporanei e di trasformazioni in permanenti, che escono dal confronto relativamente bene; ma i tassi di occupazione/disoccupazione rinviano a qualcosa che trova nel precariato più che un fattore causale, un effetto che può svolgere addirittura un ruolo di ammortizzatore.

Concesso al lettore un attimo di respiro, dopo averlo caricato ed affaticato con un tale profluvio di percentuali, c'è da dire che il contratto unico non intende affatto assicurare una sorta di *turn-*

<sup>290</sup> Per il riscontro dei dati sulle caratteristiche dell'impiego in Italia nel confronto con i principali paesi EU cfr. l'ampio *Rapporto sul mercato del lavoro 2010-2011* del 14 luglio 2011 realizzato da un gruppo di lavoro diretto da C. Dell'Aringa, reperibile in [www.cnel.it](http://www.cnel.it).

<sup>291</sup> Rapporto Confindustria 11 gennaio 2012, Roma, dattiloscritto.

over nel lavoro temporaneo, almeno fino a quando lieviterà decisamente il numero dei posti stabili disponibili; no, persegue un obiettivo più ambizioso, cioè di ridimensionare radicalmente il “preariato”, facendo affidamento su un legislatore onnipotente, che, avendolo fatto crescere ieri, ben può farlo deperire domani. Il che dovrebbe avvenire recuperando e ripianando, tramite il nuovo contratto reso d’uso quasi esclusivo, quel triplice strato formatosi nel corso dell’ultimo quarantennio, responsabile primo di un mercato del lavoro fatto a compartimenti stagni.

a) Per capire come questo contratto unico dovrebbe funzionare, è consigliabile partire dall’ultimo strato considerato nel nostro precedente sforzo ricognitivo, quello creato dallo sfaldamento del confine classico tracciato dall’art. 2094 c.c. e confermato dall’art 2222 c.c.: come visto, questo ha aperto uno sbocco potenziale al lavoro subordinato, che la spinta alla “pan-subordinazione” ha cercato di sfruttare, peraltro senza troppa fortuna. Sempre con la riserva di poter battere la via di un’estensione della nozione classica di subordinazione, carica di una sua suggestione sistematica, ad essere attualmente preferita è la via di un’estensione della disciplina protettiva a tutta un’area della prestazione d’opera autonoma, considerata vulnerabile già a partire dall’assenza di dipendenti che, per il nostro Paese, equivale ad un’area largamente maggioritaria. È ormai un luogo comune che proprio l’Italia sia la terra elettiva dell’attività formalmente indipendente, svolta di persona; ma a conforto è possibile richiamare da ultimo il citato studio della Confindustria, da dove risultano, per i nostri soliti Paesi di riferimento, Italia, Francia, Danimarca, Germania, Spagna, tassi di occupati autonomi del 22,7%, 10,7%, 8,1%, 10,5%, 15,7%, di cui con dipendenti il 28,3%, 40,7%, 41,8%, 44,1%, 34,8%.

Il “salto” dovrebbe consistere nel conferimento di una cittadinanza giuridica piena a quella figura di “dipendenza economica”, già richiamata nel Libro Verde della Commissione europea, dato alle stampe nel 2006, come riguardante quei lavoratori i quali pur “formalmente autonomi”, rimangono economicamente dipendenti da un solo committente o cliente/datore di lavoro per il loro reddito; e, poi, ripresa e disciplinata dalla spagnola *Ley del Estatuto del Trabajo Autonomo* (LETA) dell’11 luglio 2007<sup>292</sup>. La dipendenza economica si presenta come prestazione personale a carattere continuativo svolta per almeno (invece che per più di) un 75% del reddito complessivo da lavoro a favore di un singolo committente; ma essa resta ben radicata nell’area dell’attività autonoma, tanto da richiedere la presenza a capo del lavoratore dipendente economicamente di caratteristiche tipiche di quest’ultima, quali la disponibilità di mezzi propri, l’auto-organizzazione del lavoro, la sottoposizione ad istruzioni esclusivamente tecniche. Poi, una volta accertata, fa da premessa all’applicazione di una tutela mutuata da quella propria della subordinazione: diritto al riposo settimanale e alle ferie annuali di diciotto giorni; sospensione del rapporto nei casi di impossibilità temporanea dovuta a maternità/paternità, rischio grave per la salute e la vita, con un’integrazione del reddito a carico del regime di sicurezza sociale; corresponsione di un’indennità fissata dalla contrattazione collettiva o individuale nell’ipotesi di un recesso ingiustificato da parte del committente.

Proprio l’esperienza spagnola ci dà la possibilità di verificare l’effettività e redditività di questa nozione di “dipendenza economica”, composta da una parte “qualitativa”, che la qualifica come formalmente autonoma e da una parte “quantitativa” che la caratterizza come sostanzialmente

<sup>292</sup> Per la ricostruzione della legislazione spagnola sul punto v. O. RAZZOLINI, *Lavoro economicamente dipendente e requisiti quantitativi nei progetti di legge nazionali e nell’ordinamento spagnolo*, DLRI, 2011, 631.

dipendente. A prescindere dall'obiezione preliminare circa la relativa significatività di una pur elevata percentuale del reddito percepito da un singolo committente rispetto al reddito complessivo da lavoro, come indicatrice di una condizione particolarmente debole, la prassi ha messo in evidenza una duplice difficoltà operativa. *Riguardante, la prima*, la ricostruzione esatta della componente "quantitativa", con previa distribuzione dell'onere della prova, determinazione del periodo di tempo da prendere in considerazione, individuazione della strumentazione ritenuta idonea per calcolare reddito complessivo da lavoro e reddito percepito da un singolo committente; cosa, questa, che ha affaticato oltre misura la giurisprudenza spagnola, spingendola a spostare l'attenzione dalla componente "quantitativa" alla "qualitativa", più o meno integrata od innovata. *Attinente, la seconda*, alla possibilità di coartare così la volontà delle parti, con una ricaduta in termini di un'ulteriore e maggiore rigidità di una dinamica economica resa asfittica dalla ricomparsa di una *stag-inflation* data per morta sulla fine del secolo scorso.

Naturalmente per tutto c'è il suo *pro* ed il suo *contra*; ma quel che riesce difficile capire è "che ci azzecca" la dipendenza con il contratto unico. Sembra che la dipendenza serva a delimitare la "regione" del precariato giovanile, così come risulta effettivamente, a prescindere dalla forma giuridica assunta, subordinata od autonoma, per destinarla ad essere l'area operativa di un contratto unico destinato a svolgere un ruolo di calmiera del "precariato", tramite un trattamento uniforme del recesso datoriale. Ma a chi scrive sembra meglio tener distinte due "tecniche", certo accomunate dalla finalità perseguita, di correggere la crescente segmentazione del mercato del lavoro, ma diverse per il *gap* protettivo preso di mira e, quindi, per il *modus operandi*: la "dipendenza economica" è stata pensata per attenuare il divario esistente fra lavoro subordinato e lavoro solo formalmente autonomo, estendendo tutto o parte del patrimonio garantista del primo al secondo; mentre il contratto unico è stato escogitato per superare il distacco sussistente nell'ambito dello stesso lavoro subordinato, fra rapporto permanente e temporaneo, realizzando in laboratorio un neo-tipo, capace di coniugare la "stabilità" implicita nel suo essere a tempo indeterminato con la "flessibilità" resa esplicita dalla previsione di una fase iniziale di monetizzazione della libertà di licenziamento economico.

Utilizzare la prima tecnica come una sorta di preliminare della seconda, sembra a chi scrive comportare una perdita secca di chiarezza, funzionalità, efficacia della possibile rendita del contratto unico.

b) Solo che un contratto "unico" un tale titolo se lo deve conquistare, se pur solo approssimando l'obbiettivo prescelto di riassorbire in sé quel pluralismo contrattuale considerato responsabile di un mercato del lavoro sempre più segmentato: in campo aperto, come sembrerebbero ritenere Boeri e Garibaldi, oppure in Parlamento, come pensano i presentatori dei vari disegni di legge. Allo scopo, però, non pare corretto dilatare a proposito ed a sproposito l'inventario dei tipi esistenti, sì da far credere esista uno stato di totale ed incontrollata anarchia tale da cui uscire con una radicale *reductio ad unum*; basta ed avanza tener fermo quello messo a punto dalla Confindustria nello studio già citato, che lo articola in tre gruppi: rapporti di lavoro *subordinato* (1. a tempo indeterminato; 2. a tempo determinato; 3. *part-time*; 4. contratto di inserimento; 5. apprendistato; 6. somministrazione; 7. a chiamata; 8. lavoro ripartito; 9. lavoro a domicilio; 10. telelavoro; 11. lavoro domestico, omettendo giustamente tutti i rapporti "speciali": artistico, sportivo, nautico, ecc.); rapporti di lavoro *autonomo* (1. con partita Iva, professionisti, artigiani e commercianti; 2. agenti e rappresentanti di commercio; 3. prestazioni occasionali senza partita Iva; 4. collaborazioni coordinate e continuative, anche a progetto); rapporti *speciali* (1. associazione in

partecipazione, 2. lavoro accessorio, *voucher*; 3. *stage* e tirocini; 4. varie forme di collaborazioni familiari).

A prendere per buono questo inventario non pare proprio che il gruppo relativo ai rapporti di lavoro subordinato, lo si consideri a sé o lo si confronti con un Paese comparabile quale la Francia, sia tale richiedere un grande lavoro di forbici, tanto da render problematico il dove ed il come tagliare. Il fatto è che, almeno di massima, i tipi cresciuti accanto ai due originari, a tempo indeterminato e determinato, non sono stati inventati da giuristi insonni i quali non sapevano come ammazzare le interminabili ore notturne, ma sono emersi faticosamente, caratterizzandosi in base allo scopo perseguito: da un lato, stimolare una domanda di lavoro che non deve essere mai data per preconstituita, con la messa a disposizione di una articolata tipologia negoziale; dall'altro, promuovere un'offerta di lavoro oggettivamente debole, per sesso, età, capacità professionale, con la predisposizione di una strumentazione contrattuale costruita ed incentivata su misura.

Se questo è vero, riesce ben difficile immaginare che possano essere cancellati a cuor leggero, con un solo tratto di penna del legislatore, istituti rivelatisi efficaci nel produrre comunque domanda di lavoro; occorre procedere con prudenza: accertare se e quanto la ricaduta negativa in termini di segmentazione del mercato sia loro attribuibile; comparare la perdita "quantitativa" con la crescita "qualitativa" dell'occupazione che conseguirebbero prevedibilmente alla loro dipartita; verificare se un'eventuale modifica che ne irrigidisca l'utilizzazione sia sufficiente a ridurre quella concorrenza sleale che in quanto contratti temporanei siano in grado di fare nei confronti di quelli permanenti, in ragione dei loro più bassi costi.

Solo che l'emergenza stimola fretta, e la fretta crea l'ossessione del fare. Dunque, riprendendo in mano queste benedette forbici, il modello di quello che deve essere salvato, fino al punto di immaginarlo come una sorta di arca di Noè in cui imbarcarsi per sopravvivere al diluvio universale, è il contratto a tempo indeterminato e pieno, che, peraltro, gode a tutt'oggi di ottima salute con una percentuale di *stock* al di sopra dell'85%: certo può essere reso flessibile per un periodo iniziale, tramite un patto di prova che potrebbe essere prolungato in un domani, oltre l'attuale termine massimo di sei mesi, ma non *ad libitum*, dovendo restare il suo tempo strettamente correlato al suo contenuto obbligatorio, cioè di consentire e fare l'esperimento.

Secondo il pensiero dominante, il contratto a tempo indeterminato troverebbe il suo concorrente al ribasso nel contratto a tempo determinato, tanto che ogni ritorno di trionfalismo a suo favore corrisponde ad un rigurgito di disfattismo a sfavore dell'altro. Peraltro, non pare che ci sia troppo da togliere ad un contratto come quello a tempo determinato, certo non sopprimibile *sic et simpliciter*, perché se è vero che il legislatore lo ha rilanciato col considerarlo legittimo "a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo", un orientamento giurisprudenziale conservatore lo ha subito ridimensionato, con un significativo giro di vite, sulla sostanza e sulla forma, tale da tradursi in una vera e propria politica a favore della sua conversione in contratto a tempo indeterminato: sarebbe da considerare *tamquam non esset* la inequivoca chiusa del c.d. causalone, "anche se riferibili alla ordinaria attività dell'impresa", sì da far prevalere una sorta di "temporaneità ontologica"; e sarebbe da dare un'interpretazione rigorosa sia all'esplicitazione di tali ragioni nella stessa clausola del termine, sia alla misurazione della durata massima di 36 mesi, proroghe e rinvii inclusi, col risultato di realizzare una specie di "decimazione formale".

In effetti il disegno di legge n. 1481 non lo cancella, ma sembra riportarlo alla sua preistoria, di una tipicizzazione estremamente selettiva e rigorosa delle causali, tanto da permetterlo *ex lege* solo per i lavori stagionali; per la sostituzione di altro lavoratore, peraltro ammessa con una formula di straordinaria generosità, essendo sufficiente che il rapporto del sostituito “sia per qualsiasi motivo temporaneamente sospeso”; per spettacoli e stagione teatrali; per esigenze a carattere meramente occasionale e straordinario; per attività di ricerca scientifica e di insegnamento. Ma quel che si nega con una mano, si dà con l'altra, cioè con una delega in bianco alla contrattazione collettiva, contenuta in una formuletta tenuta bassa, per non richiamare l'attenzione: la tagliola della legge scatta a vuoto nei casi fuori sacco “previsti nel contratto di transizione o in un altro contratto collettivo applicabile nell'unità produttiva”.

*Bon gré, mal gré* il contratto a tempo determinato garantisce il posto per l'intero periodo coperto, calcolato in media sui 15 mesi e deve essere giudicato in base al suo tasso di conversione in contratto a tempo indeterminato, come visto, rivelatosi ad un confronto internazionale meno sfavorevole di quanto abitualmente accreditato. Invece di farsi riprendere da un accanimento influenzato dal credo in un potere conformativo del diritto assai superiore a quello effettivamente esercitabile nei confronti del mercato del lavoro, c'è da prendere atto di quel duplice ruolo che il nostro contratto assolve: come si è avuto occasione di dire, di un *test* lungo non solo della competenza del lavoratore, ma anche della congruità dell'organico; nonché di un ammortizzatore rispetto all'andamento del ciclo economico, lento nel seguirne la discesa e rapido nell'anticiparne la risalita. Ma prendere atto non significa mettere il suggello all'esistente, perché esiste tutta una linea di intervento, praticata all'estero ma conosciuta anche nel nostro Paese, che punta ad “adomesticarlo” al servizio di un mercato del lavoro meno segmentato: il minor costo del lavoro può e deve essere corretto col pagamento di una indennità suppletiva in difetto di conversione; e certo, ancora, la conversione può e deve essere opportunamente incentivata.

Proseguendo nell'elenco dei rapporti di lavoro offertoci dalla Confindustria, ci si imbatte nell'altro concorrente al ribasso del contratto modello: prima, in quanto a tempo indeterminato, lo trovava nel contratto a tempo determinato; ora, in quanto a tempo pieno, lo trova nel *part-time*. Ma per quanto si possa pensare ad una qualche marcia indietro, non è certo in agenda una sua soppressione, non giustificabile in ragione di una “precarietà” che è estranea alla sua natura, potendo ben essere a tempo sia indeterminato che determinato; né sostenibile in forza di una comparazione in sede UE, che è tutta a favore di una sua ampia utilizzazione, come misura volontaria od imposta, capace, comunque, di giocare una parte importante nella crescita dell'occupazione femminile, nonché nella tenuta dell'occupazione complessiva nella fase negativa del ciclo.

A questo punto, dato per scontato il lavoro a domicilio, con quel suo parente più o meno prossimo costituito dal telelavoro e tralasciato il lavoro domestico, si entra sul terreno più esposto, col chiaro convincimento di dover tagliare qualcosa, a prescindere... come direbbe Totò, si da cedere senza colpo ferire sul *job on call* e sul *job sharing*. Ma esaurito questo elenco, cui il possesso del passaporto statunitense avrebbe dovuto comandare un maggior rispetto, il compito del “tagliatore di contratti” riprende a farsi difficile, proprio a cominciare da un lavoro interinale/somministrato, perché qui ci sarebbe da fare a ritroso il cammino di un quindicennio, per di più in perfetta solitudine, perché nessuno ci ha preceduto e nessuno ci seguirebbe. Di fatto, il lavoro interinale si è rivelato capace di rispondere a bisogni che altri tipi contrattuali non sono in grado di soddisfare coi tempi e nei modi richiesti, e di farlo utilizzando soggetti altrimenti condannati a restare

senza lavoro; certo, come sempre, con un rischio elusivo occhieggiante dietro l'angolo, ma, secondo il detto famoso, non è consigliabile "buttar via il bambino con l'acqua sporca".

Per chiudere l'elenco restano due contratti tipici di fatto a durata determinata: l'uno, l'apprendistato, licenziato dal d.lgs. n. 167/2011 (formalmente a tempo indeterminato), con un triplice sottotipo a tutto campo (per la qualifica e per il diploma professionale, professionalizzante o contratto di mestiere, di alta formazione e ricerca), sì da farne l'intervento privilegiato per il transito formativo scuola-lavoro; l'altro, congiunturale, di breve periodo, il contratto d'inserimento, varato dal d.lgs. n. 276/2003, sostanzialmente con un duplice destinatario, il giovane in cerca di una prima occupazione e il disoccupato di lungo periodo o l'ultracinquantenne espulso dal circuito produttivo, per cui occorre confezionare un progetto individuale d'inserimento. Anche qui niente di nuovo sotto il sole, perché trattasi di un duo, debitamente promosso ed incentivato, che appartiene allo strumentario consolidato di intervento formativo-occupazionale sul mercato del lavoro, con un ruolo primario e strutturale, di investimento professionale sul medio periodo affidato all'apprendistato ed uno secondario e congiunturale, di recupero sul breve periodo, attribuito al contratto di inserimento.

Sorprende che qualcuno, non del tutto sprovveduto, abbia pensato di trasformare proprio il contratto di apprendistato in contratto unico, risolubile in corso di svolgimento e convertito automaticamente al suo termine. Un rovesciamento radicale del regime attuale che, tutto al contrario, prevede l'assoggettamento al regime protettivo durante il rapporto e l'esercizio della disdetta al momento conclusivo, non per caso o per capriccio, ma per coerenza rispetto alla causa del contratto, costruito intorno ad un progetto formativo non spezzettabile od interrompibile a piacere.

Il lettore potrebbe anche essere tentato di liquidare qui l'autore di questo scritto come un *laudator temporis acti*, ma, comunque la si rigiri, il contratto unico è destinato a non essere ...unico, significando al più uno sfoltimento, peraltro limitato, dell'attuale scenario contrattuale; e se qualche contratto appare predestinato a cambiare è proprio quello a tempo indeterminato che avrebbe dovuto sopravvivere a tutto come un Robinson Crusoe nella sua isola deserta, cui viene imposto un periodo iniziale di consolidamento, facilmente scambiabile per un periodo di prova forzato artificialmente oltre il tempo necessario per soddisfare al suo scopo naturale. Dopo di che, se l'uso di un siffatto nuovo modello si attesterà o meno su una percentuale ancora superiore a quella oggi goduta dal vecchio, dipenderà sì dall'apprestamento di una nuova carta di circolazione "contrattuale", costruita su sensi unici e su divieti di transito, che incanali il traffico a suo favore, ma anche dal gradimento del mercato, senza il quale potrebbe aversi un rigetto, con un impatto negativo sul livello occupazionale.

Una volta esaurito l'elenco confindustriale con riguardo ai rapporti di lavoro subordinato, bisogna riprenderlo in mano, per vedere come potrebbe uscire ripulito con rispetto ai rapporti di lavoro autonomo. Ma già si è manifestato un dubbio circa l'uso sovrapposto delle due tecniche, perché una volta accertata la "dipendenza" con riguardo alle collaborazioni coordinate e continuative, anche a progetto, così condannate a morte quasi certa, ed alle partire Iva, dovrebbe scattare una tutela ben più ricca ed articolata della mera costrizione a far ricorso al contratto unico congegnato, fra l'altro, per facilitare un eventuale sganciamento nel periodo iniziale, con in più una eventuale conversione automatica del contratto diverso utilizzato, che, posta come regola generale, suonerebbe forzante fino al limite di risultare, a conti fatti, del tutto controproducente.

c) A questo punto, l'abusata frase ad effetto "*last, but not least*" suona quanto mai appropriata, visto che si è creduto di lasciar per ultimo il vero motivo se non del recupero dall'ordinamento francese, certo del morboso interesse acquistato nel nostro Paese dal contratto unico, cioè l'aver come bersaglio privilegiato l'art. 18 St. lav: attualmente beneficiano della tutela "reale" circa 7,6 milioni di lavoratori e di quella "obbligatoria" circa 4,2 milioni. Sia chiaro, come già detto, è questo il caso in cui il diritto si è rivelato fattore prevalente nel produrre, come effetto di un trattamento differenziato del recesso datoriale, una frattura nel rapporto e, per riflesso, nel mercato: qui costituisce un incentivo ad un decentramento "patologico" ed un *handicap* ad un funzionamento "fisiologico" del mercato: trattamento differenziato che fa perno su quell'istituto della reintegra non costituzionalizzato e, quando pure previsto, non praticato all'estero. Dunque potrebbe essere ripensato, per eliminarlo, renderlo facoltativo, ridimensionarlo, sempreché lo si faccia in modo chiaro e trasparente, non pasticciato ed ambiguo come quello di cui all'art. 8, d.l. n. 138/2011, conv. nella l. n. 148/2011, tanto chiacchierato, ieri, quanto seguito da un assordante silenzio, oggi<sup>293</sup>.

Tutto bene se non fosse che l'art. 18 St. lav. è divenuto un *monstrum*, sia per chi lo difende a spada tratta, per il quale è un portento; sia per chi l'attacca a testa bassa, per il quale, invece, è un mostro. C'è chi, per mestiere assai più che per carattere, non lo considera né l'una, né l'altra cosa, ma una misura estremamente opportuna per gli anni in cui venne alla luce, ma poi cresciuta in fretta e colpita da precoce vecchiaia in quelli successivi; sì da risultare ormai largamente obsoleta. Escluso per consolidata esperienza un attacco frontale di sfondamento, le alternative ci sono, ma limitate, nonché tutte collocate nell'ambito di una partita di dare ed avere. Si può lavorare sulla "soglia", cercando di unificare al rialzo l'attuale duplice barriera prevista per l'unità produttiva e per l'impresa, sia direttamente, col prevedere un numero di dipendenti più alto, sia indirettamente, coll'escludere dalla conta altre categorie di lavoratori, come ad esempio quelli al di sotto di una certa anzianità di servizio presso l'impresa. Si può intervenire sulla "procedura preventiva", rendendola partecipata, trasparente, affidabile per una ricollocazione futura. Si può rivedere la sanzione, limitando la reintegra al licenziamento discriminatorio e al licenziamento disciplinare; lasciando la scelta fra reintegra ed indennità al giudice, peraltro sulla base di una serie di criteri o di indicatori; disciplinando quella regola dell'*extrema ratio*, di origine giurisprudenziale, facendo decorrere la reintegra dalla condanna, con una liquidazione forfettaria che copra la fase precedente, ecc., ma, se ed in quanto concessa, rendendola eseguibile tramite un sistema di *astreinte*; compensando la riduzione dell'area della "tutela reale" con la rivalutazione della "tutela obbligatoria", realizzando un *trade-off* fra trattamento dei licenziamenti economici individuali e collettivi, abbassando l'uno ed alzando l'altro, di diritto e di fatto non certo tale da primeggiare nel quadro comparativo europeo.

Tutte queste alternative condividono un vizio di origine, di essere chiaramente e direttamente centrate sull'art. 18 St. lav. Mentre quelle offerte dal contratto unico, appaiono più coperte, sotto il manto di un patto generazionale fra padri e figli, simile a quello portato a sostegno di ogni riforma pensionistica, compresa l'ultima draconiana; ma, soprattutto, non comportano alcuna eliminazione duratura, ma solo una temporanea disattivazione della reintegra, presentata e pubblicizzata come la conveniente contro-partita del poter contare tutti i neo-assunti su un contratto a

<sup>293</sup> Cfr. A. PERULLI, V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT, 2011, n. 132.

tempo indeterminato, con la sua tendenza inerziale a durare nel tempo. Inoltre, ed è decisivo, non riguarda chi c'è, ma chi verrà, sicché il problema potrà essere costituito non da un impatto realizzato tutto in un colpo, bensì, viceversa, troppo diluito nel tempo, sì da rendere difficile rappresentarsi un cambiamento scaglionato in un futuro più o meno lontano.

Solo che il periodo di consolidamento può essere ancora vissuto come tale se limitato ai tre anni suggeriti da Boeri e Garibaldi, non certo se prolungata ai venti proposti da Ichino, che fanno riecheggiare all'orecchio un titolo di un classico del passato, "Da qui all'eternità". Ma pur optando per il triennio, non è possibile venderlo come periodo di prova lungo, perché, come già ricordato, questo è funzionale alla verifica della competenza del lavoratore, sì da dover essere calibrato sul tempo richiesto a tale bisogna; e, comunque, non permette nel corso del suo svolgimento alcun recesso anticipato per un motivo economico. E tantomeno può ritenersi - seguendo non Boeri e Garibaldi, ma Ichino - prospettabile un licenziamento economico dove il motivo sia sostituito da un compenso calcolato sul costo che il datore dovrebbe sopportare se tenesse il lavoratore, indicato come "pari a tanti dodicesimi della retribuzione lorda complessivamente goduta nell'ultimo anno di lavoro quanti sono gli anni compiuti di anzianità di servizio in azienda diminuita della retribuzione corrispondente al preavviso spettante al prestatore stesso" più il diritto alla stipulazione di un contratto di ricollocazione; non lo si può, perché - come ci ha insegnato la nostra Corte costituzionale, ma ci conferma la Corte di cassazione francese, 1.7.2008, n. 07-44224, proprio con riguardo al *contrat nouvelle embauche* - Costituzione e convenzioni Oil congiurano nel senso di considerare principio fondamentale invalicabile quello del licenziamento giustificato, come tale controllabile e sindacabile dal giudice.

Quel che può attirare nel progetto di Ichino è il marchingegno, a dire il vero un tantino barocco, per cui un gruppo di imprese e una o più organizzazioni sindacali stipulano un contratto collettivo di transizione, con cui danno vita ad una agenzia, finanziata da ciascuna impresa partecipante e dal Fse e dalla Regione, la quale è tenuta ad offrire la stipulazione di un contratto di ricollocazione al lavoro in ogni caso di licenziamento economico effettuato da un'impresa aderente. Un contratto, questo, corposo, non c'è che dire, in quanto comprensivo dell' "erogazione per il periodo di disoccupazione effettiva e involontaria, tale che il trattamento complessivo ammonti al 90 per cento dell'ultima retribuzione per il primo anno, all'80 per cento per il secondo, al 70 per cento per il terzo e al 60 per cento per il quarto, essendo la retribuzione di riferimento soggetta al limite massimo di 40.000 euro annui"; della garanzia di un' "assistenza intensiva nella ricerca della nuova occupazione"; nella "predisposizione di iniziative di formazione o riqualificazione professionale"; nella sottoposizione del lavoratore al potere direttivo e di controllo dell'agenzia. A prescindere d'altro si tratta pur sempre di un progetto rimesso all'iniziativa delle parti sociali, che, quindi, se mai decollerà, lo farà a pelle di leopardo, proprio laddove lo stato delle relazioni collettive e dei diversi mercati del lavoro è migliore, comunque sempre con l'incognita rappresentata dal costo, ad un primo calcolo piuttosto elevato, specie per quelle piccole imprese, che si vedrebbero sbalzate da una tutela "obbligatoria" che, in caso di torto, le esporrebbe a pagare una indennità tra un minimo di 2,5 e un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, ad una protezione, dovuta a prescindere da ragione o torto, assai più impegnativa.

Qui emerge la tensione che si prospetta a chi intende "liberalizzare" il mercato del lavoro, fra facilitare l'uscita e promuovere la rioccupazione, che, scaricata come fa Ichino laddove pensa di trovare la necessaria disponibilità finanziaria, può ben avere un effetto contrario. Ma questo ri-

guarda una terapia, non la presunta malattia che, a dir poco, è stata diagnostica con una superficialità degna di miglior causa, perché in termini di “chiusura” c’è a monte, “di diritto”, tutto il pubblico impiego privatizzato, circa 3.500.000 lavoratori, coperti, dirigenti compresi per “inchino” della Corte di Cassazione, dall’art. 18 St. lav.; e c’è a valle, “di fatto”, l’aggrovigliato universo dei lavori non solo sporchi o usuranti o pericolosi, ma anche e soprattutto considerati socialmente *unfit*, tali che i giovani italiani, diversamente che altrove, fanno fatica ad accettare, anche come primo passo sulla via della socializzazione al lavoro, lasciandoli in mano agli immigrati. Mentre stava chiudendo questo saggio, mi sono rivisto *Fullbright student* a seguire il corso di *Labor Economics* presso l’*Industrial Relations and Labor Departement*, dove l’indirizzo liberalizzatore che dovesse far fronte ad uno *shock* asimmetrico sul mercato del lavoro, quale quello che ci caratterizza da un capo all’altro dello stivale, aveva a punto primo del suo decalogo l’abbattimento del costo del lavoro nei territori da sviluppare, comprimendo i salari a livello della produttività (con quell’autentico ammortizzatore costituito dal minor costo della vita), ma non iniettando assolutamente ulteriori soldi pubblici: il che avrebbe dovuto favorire sia la mobilità del capitale verso sud, sia del lavoro verso nord. Ma era il 1965, un anno inghiottito dal tempo, sicché avrei dovuto tenermi al passo, per seguire questi nuovi economisti, che impartiscono lezioni con tale e tanto *savoir faire* dal trattenerti dal dar sfogo anche alla più inoffensiva delle obiezioni.

Certo è che l’America non è mai stata così lontana, tant’è che ce la dobbiamo sbrigare da noi. Ma proprio tornando alle faccende di casa nostra, può sorprendere che si faccia tanto fracasso sull’art. 18, con l’occhio ipnotizzato dal licenziamento economico, senza quasi mai ricordare che questo può essere individuale e collettivo, con un rilievo ed un impatto enormemente diverso: l’individuale produce il suo bravo filone giudiziale che, se potesse contare su un processo normale, verrebbe assorbito e metabolizzato senza alcun particolare problema; mentre il collettivo non può trovare alcun sbocco all’interno di un Palazzo di giustizia, se non quando si ritrasforma in una serie di ricorsi individuali di lavoratori che asseriscono essere stato violato il procedimento.

Il procedimento sindacale è tutto: una volta che sia stato puntualmente rispettato la giurisprudenza si astiene dallo scendere ad un controllo sul merito. Ma il punto debole è proprio costituito dal procedimento, sia per il come si svolge sia per il che cosa partorisce in termini di impegni precisi per il futuro occupazionale dei licenziandi; di questo è fin troppo facile rendersi conto, sol che lo si confronti con quello previsto e regolato nel diritto francese con riguardo al licenziamento economico, individuale e collettivo, secondo un crescendo commisurato al rilievo del caso. Quanto, poi, al riconoscimento a capo dei lavoratori dimessi in base ad un procedimento viziato di un ricorso *ex art. 18 St. lav.*, trattasi di un anacronismo di cui è sempre troppo tardi liberarsi, almeno se inteso in senso generale e selettivo.

L’unico motivo per cui si può pensare a una certa prudenza nei confronti dei licenziamenti collettivi - già evidente nella duplice variante, quella centrale, “per messa in mobilità” e quella marginale “per riduzione di personale” - è che parlarne significa inevitabilmente spalancare la porta degli ammortizzatori sociali, contrastando con la ricorrente invocazione del miglior *horror*, per cui “quella porta non andrebbe mai aperta”. Una battuta fin troppo facile, ma nel primo *round* Governo/parti sociali, la nostra Fornero, cercando di evitare lo Scilla dell’art. 18 St. lav., è andata a sbattere contro il Cariddi di una regolazione all’indietro della Cig, con salvaguardia dell’ordinaria ed eliminazione della straordinaria *a pro* di un’indennità di disoccupazione generale, uniforme, sufficiente. E, a stare alla ricostruzione pettegola della stampa, la nostra ha dovuto raccogliere in

fretta e furia le tre paginette prima assegnate in lettura a Monti, Passera, lei stessa, facendole bellamente sparire.

### 7. Congedo.

In questo stesso torno di tempo in cui mi separo dal mio amico che mi è stato compagno ossessivo e pretenzioso per un buon mesetto, in qualche salone del labirinto del potere romano si dovrebbe consumare la svolta storica destinata a mandare al macero qualche quinterno del nostro Breviario del lavoro, con a seguire queste mie pagine destinate a morte prematura. Ma, invecchiando, mi sono venuto convincendo, che anche per il diritto vale la legge di *Lavoisier*, “nulla si crea e nulla si distrugge”.

## Giovani e formazione nelle normative europee: l'apprendistato\*

Massimiliano Delfino

1. La regolamentazione italiana dell'apprendistato nel prisma del Diritto del lavoro dell'Unione europea: i benefici economici e la disciplina degli aiuti di Stato.	92
2. Segue. Apprendistato del primo tipo ed "Europa 2020".	95
3. L'apprendistato in alcuni ordinamenti stranieri: la Germania.	96
4. Segue. Il sistema francese.	98
5. Segue. Il caso spagnolo.	101
6. Segue. La regolamentazione in (una parte della) Gran Bretagna.	102
7. Spunti di comparazione con riferimento al binomio "giovani-formazione".	104
8. Prospettive europee: i contenuti di una possibile direttiva sull'apprendistato.	106

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 90/2012

## 1. La regolamentazione italiana dell'apprendistato nel prisma del Diritto del lavoro dell'Unione europea: i benefici economici e la disciplina degli aiuti di Stato.

Questo contributo si svilupperà seguendo due piani di indagine, che, pur presentando alcune interconnessioni, devono essere tenuti distinti. Il primo riguarda l'esame del Testo Unico italiano sull'apprendistato (il d.lgs. 14 settembre 2011 n. 167)<sup>294</sup> alla luce della *normativa europea*, ovvero della regolamentazione proveniente dall'Unione europea. Il secondo piano d'indagine concerne invece la disciplina dell'apprendistato nelle *normative europee*, intendendosi per tali le regolamentazioni interne di questa fattispecie in alcuni Stati membri dell'Unione. Si analizzeranno tali normative prevalentemente nell'ottica del binomio giovani-formazione, ovvero alla ricerca della "vocazione" giovanile dell'apprendistato e della propensione del medesimo a realizzare l'apprendimento e la crescita professionale dei soggetti coinvolti.

Per quanto riguarda i vincoli provenienti dalla dimensione sovranazionale, vengono in mente alcuni profili che, per la verità, non sono tipici del testo unico del 2011, ma che caratterizzavano anche la regolamentazione contenuta nel d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276. Il primo profilo è inerente al limite massimo d'età per il ricorso al contratto di apprendistato, che è poi legato a filo doppio con il discorso sugli aiuti di Stato all'occupazione, tenuto conto che, per tradizione e scelta del legislatore italiano, i contratti a contenuto formativo sono da sempre incentivati con benefici anche di carattere economico, da valutare attentamente, appunto, alla luce della normativa europea in materia di aiuti. Va infatti ricordato che gli incentivi che possono essere definiti "aiuti di Stato" sono le riduzioni selettive destinate ad alcune imprese operanti in certe aree geografiche o in certi settori dell'economia, che falsano la libera concorrenza ed incidono sugli scambi fra gli Stati membri<sup>295</sup>. Tali misure sono soggette all'obbligo di notifica alla Commissione europea (art. 109, par. 3, TFUE), che ne deve vagliare in tempo utile, e quindi preventivamente, la loro conformità alle norme del Trattato sulla libera concorrenza, a meno che questi benefici non rientrino nelle categorie di aiuti esentati dalla notifica e disciplinati dalle diverse fonti europee in materia, succedutesi nel corso di questi anni. Per converso, sono escluse dal vaglio comunitario le misure generali, e cioè quelle "destinate a migliorare il quadro generale della legislazione del lavoro o ad adeguare il sistema di insegnamento"<sup>296</sup>.

Il Regolamento relativo agli aiuti di Stato all'occupazione del 12 dicembre 2002 n. 2204/2002<sup>297</sup> esentava dall'obbligo di notifica gli aiuti di Stato concessi per favorire, fra le altre categorie, i "lavoratori svantaggiati". Tuttavia, tale regolamento prevedeva una soglia massima d'età piuttosto ristretta ai fini dell'inserimento dei giovani in quella categoria. Infatti, il limite era di 25 anni oppure, in via alternativa, il riferimento era al soggetto che avesse completato la formazione a tempo pieno da non più di due anni, previsione che non solo non era sufficiente ad introdurre

<sup>294</sup> Sulla nuova normativa in tema di apprendistato, v., fra gli altri, TIRABOSCHI, *Tirocini e apprendistato: impianto e ragioni della riforma* e VARESI, *Il Testo Unico dell'apprendistato: note sui profili formativi*, entrambi in *DRI*, 2011, rispettivamente, p. 947 ss. e 1013 ss.

<sup>295</sup> Su questo profilo, v. TIRABOSCHI, *Incentivi all'occupazione, aiuti di Stato, diritto comunitario della concorrenza*, Giappichelli, 2002, p. 97 ss. Sugli aiuti di Stato in generale, v. ROBERTI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Cedam, 1998, *passim*.

<sup>296</sup> Così il par. II, punto 5 degli Orientamenti in materia di aiuti di Stato all'occupazione del 12 dicembre 1995.

<sup>297</sup> In precedenza erano già stati approvati, in data 12 gennaio 2001, tre Regolamenti della Commissione: il n. 68/2001 sugli aiuti destinati alla formazione, il n. 69/2001 sugli aiuti *de minimis* e il n. 70/2001 sugli aiuti di Stato a favore delle piccole e medie imprese.

una soglia certa superiore per i soggetti in possesso di un titolo di studio elevato, ma addirittura poteva contribuire a ridurre il limite d'età per quel giovane che avesse completato gli studi prima del raggiungimento del venticinquesimo anno d'età<sup>298</sup>. Inoltre, il fatto che le previsioni fossero particolareggiate era indicativo della volontà di ridurre, in questo settore, i margini d'azione degli Stati membri. Nella lettura dei vari articoli del Regolamento del 2002 gli ambiti lasciati agli ordinamenti interni, a cominciare dall'individuazione delle categorie svantaggiate, erano molto ridotti<sup>299</sup>.

Ora, com'è noto, questa normativa è stata abrogata e sostituita dal Regolamento n. 800/2008 del 6 agosto 2008, che è un regolamento generale di esenzione per categoria di aiuti. Ebbene, questa nuova fonte comunitaria estromette i giovani dalla nozione di lavoratori svantaggiati e tale esclusione si ripercuote sui limiti d'età di accesso all'apprendistato, anche se con una duplice valenza. Infatti, da un lato, comporta che gli incentivi all'occupazione dei giovani lavoratori non godono più dell'esenzione dalla notifica prevista dalla precedente regolamentazione; dall'altro lato, però, questa esclusione ha fatto venir meno il problema del limite d'età, che tanto aveva influito sulla elaborazione della disciplina dell'apprendistato di cui al decreto 276/2003, anche se in realtà quel vincolo europeo era solo un paravento dietro al quale si nascondeva la volontà di ridurre comunque le soglie massime di accesso a quel contratto, in considerazione del fatto che, a rigor di diritto, i limiti d'età riguardavano soltanto i benefici economici settoriali, ovvero gli aiuti di Stato, e non quelli applicabili a tutte le imprese in ogni parte del territorio nazionale ed in qualunque settore merceologico. Ad ogni modo, a seguito dell'abrogazione del regolamento del 2002, l'ordinamento italiano ha mano libera, anche formalmente, nel modificare le soglie di accesso all'apprendistato, poiché la (giovane) età non è più influente dal punto di vista della disciplina degli aiuti di Stato.

Pertanto, non sarebbe più incompatibile con la regolamentazione europea un innalzamento dell'età massima per il ricorso all'apprendistato, tenuto conto anche delle particolarità del mercato del lavoro in Italia<sup>300</sup>. Ovviamente, non è mia intenzione spingere in quella direzione, ma soltanto segnalare l'opportunità concessa al legislatore interno.

<sup>298</sup> Così l'art 2, lett. f, punto i del Regolamento 2204/2002. La medesima norma prosegue poi nella definizione della categoria dei "lavoratori svantaggiati", individuando con una certa precisione i contorni di tale nozione.

<sup>299</sup> In sostanza, l'impressione generale era che la fonte comunitaria fosse abbastanza dettagliata e che non assicurasse uno spazio sufficiente alle esigenze sociali. Per un approfondimento sul punto, sia consentito rinviare a DELFINO, *I contratti di formazione e lavoro nella disciplina comunitaria*, in RUSCIANO (a cura di), *Problemi giuridici del mercato del lavoro*, Jovene, 2004, p. 111 ss.

<sup>300</sup> Va ricordata la vicenda dei contratti di formazione e lavoro sulla quale si è pronunciata di recente, ancora una volta, la Corte di giustizia con la sentenza del 17 novembre 2011, causa C-496/09, *Commissione c. Italia*. Tale sentenza condanna l'Italia al pagamento di una penale per non aver ottemperato integralmente all'obbligo - stabilito da due precedenti pronunce della medesima Corte, del 7 marzo 2002, causa C-310/99 e del 1° aprile 2004, causa C-99/02 - di recuperare dalle imprese i benefici economici illegittimamente goduti per la stipulazione di quei contratti. Ebbene, ricordiamo anche che l'Esecutivo italiano all'epoca della prima sentenza della Corte di Lussemburgo, nel difendere la legislazione nazionale, presentò alcuni dati statistici sull'andamento del mercato interno, dai quali emergeva che la disoccupazione giovanile nel nostro Paese riguardasse una fascia d'età più estesa rispetto a quella indicata dalla Commissione europea. La situazione non sembra essere sostanzialmente mutata rispetto alla fine degli anni '90 ed all'inizio degli anni 2000, con la conseguenza che il nostro Paese continua a presentare un mercato del lavoro dalle caratteristiche particolari, nel quale il primo accesso al mondo del lavoro, per ragioni diverse (come la durata maggiore degli studi universitari), è spostato avanti nel tempo.

A questo punto, per proseguire il discorso sulle interconnessioni tra ordinamento interno ed ordinamento europeo, relative sempre agli aiuti di Stato ed alle misure generali, è necessario passare ad analizzare i vari incentivi economici previsti in Italia per agevolare l'apprendistato, partendo da un beneficio "atipico". È noto che tradizionalmente la legislazione italiana concede alle imprese la possibilità di sottoinquadrare i lavoratori fino a due livelli, prevista sia dal d.lgs. 276/2003 sia dal testo unico, alla quale si affianca l'opportunità di "stabilire, in alternativa, la retribuzione dell'apprendista in misura percentuale e in modo graduale alla anzianità di servizio"<sup>301</sup>. Ebbene, si tratta di un beneficio economico per i datori di lavoro a carico esclusivamente dei lavoratori, visto che sono questi ultimi a pagare l'incentivo con una riduzione della retribuzione. In questo caso, lo Stato non utilizza fondi propri per agevolare le imprese, almeno non direttamente, piuttosto, concedendo la possibilità del sottoinquadramento, rinuncia ad una parte del gettito fiscale proveniente dalle tasse sul lavoro dipendente, anche se questo minor introito è imputabile, appunto, alla riduzione del reddito dei prestatori di lavoro, non ricevendo le imprese alcun vantaggio fiscale. Pertanto, l'unico beneficio economico indifferenziato per le imprese, a carico della fiscalità, è la riduzione diffusa dei contributi previdenziali, già disciplinata dalla regolamentazione pre-vigente<sup>302</sup>. Ma questo beneficio è una misura generale, mentre l'ulteriore riduzione a favore delle piccole imprese è un aiuto di Stato soggetto alla relativa normativa<sup>303</sup>. Non c'è dubbio, infatti, che la previsione in quei casi di uno sconto contributivo aggiuntivo a favore del datore di lavoro sia modulato su base selettiva<sup>304</sup>. Ed il discorso non cambia con l'entrata in vigore della nuova normativa, visto che, secondo l'art. 7, co. 9, d.lgs. 167/2011, "in attesa della riforma degli incentivi alla occupazione, restano fermi gli attuali sistemi di incentivazione economica dell'apprendistato" e "i benefici contributivi in materia di previdenza e assistenza sociale sono mantenuti per un anno dalla prosecuzione del rapporto di lavoro al termine del periodo di formazione". Inoltre, va detto che la legge di stabilità per il 2012 è intervenuta potenziando gli incentivi in materia di apprendistato. Infatti, l'art. 22, co. 1, l. 183/2011, afferma che "a decorrere dal 1° gennaio 2012, per i contratti di apprendistato stipulati successivamente alla medesima data ed entro il 31 dicembre 2016, è riconosciuto ai datori di lavoro ... uno sgravio contributivo del 100

<sup>301</sup> Così art. 2, co. 1, lett. e, d.lgs. 167/2011, ma v. già art. 53, co. 1bis, d.lgs. 276/2003, inserito dall'art. 23, co. 155, l. 191/2009, che prevedeva una disposizione dai contenuti analoghi.

<sup>302</sup> L'art. 1, co. 773, della legge 27 dicembre 2006 n. 296 ha previsto che "con effetto sui periodi contributivi maturati a decorrere dal 1° gennaio 2007 la contribuzione dovuta dai datori di lavoro per gli apprendisti artigiani e non artigiani è complessivamente rideterminata nel 10 per cento della retribuzione imponibile ai fini previdenziali... Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche con riferimento agli obblighi contributivi previsti dalla legislazione vigente in misura pari a quella degli apprendisti".

<sup>303</sup> Tuttavia, i criteri in base a quali si valuta la selettività, fattore che distingue gli aiuti di Stato dalle misure generali, sono variabili. "La selettività viene infatti talora desunta dall'esistenza di un potere discrezionale nella concessione dei benefici, talaltra dalla deroga al sistema generale di riferimento ..., talaltra ancora in forza della combinazione dei due criteri": così TEANO, *Un nuovo strumento regionale di inserimento formativo tra disciplina interna e vincoli comunitari*, in *DLM*, 2004, pp. 294-295.

<sup>304</sup> Sono "aiuti di Stato" anzitutto gli incentivi previsti dall'art. 8, co. 3, l. 407/1990, secondo il quale, per le imprese del settore turistico e commerciale con meno di quindici dipendenti operanti al di fuori del Mezzogiorno, c'è una riduzione del 40% degli oneri previdenziali ed assistenziali, mentre il co. 3 della stessa norma, rinviando alla disciplina in tema di apprendistato, prevede un'esenzione totale per le imprese artigianali e per quelle allocate in Regioni con un tasso di disoccupazione superiore alla media nazionale. Inoltre, l'art. 1, co. 773, l. 296/2006 stabilisce che, per le imprese che occupano alle proprie dipendenze un numero di addetti pari o inferiore a nove, la aliquota complessiva del 10 per cento a carico dei datori di lavoro è ridotta in ragione dell'anno del contratto e, limitatamente ai soli contratti di apprendistato, di 8,5 punti percentuali per i periodi contributivi maturati nel primo anno di contratto e di 7 punti percentuali per i periodi contributivi maturati nel secondo anno di contratto, restando fermo il livello di aliquota del 10 per cento per i periodi maturati negli anni di contratto successivi al secondo.

per cento ... per i periodi contributivi maturati nei primi tre anni di contratto, restando fermo il livello di aliquota del 10 per cento per i periodi contributivi maturati negli anni di contratto successivi al terzo"<sup>305</sup>. Tale rilevante sconto contributivo è attribuito soltanto alle imprese che occupano fino a nove dipendenti, elemento, questo, che conferisce al beneficio la natura selettiva, qualificandolo in tal modo come aiuto di stato, peraltro, con il fine specifico, espresso dallo stesso legislatore, "di promuovere l'occupazione giovanile".

## 2. Segue. Apprendistato del primo tipo ed "Europa 2020".

C'è un'altra parte della normativa italiana sull'apprendistato che presenta collegamenti, meno stringenti rispetto a quelli finora individuati, con la dimensione europea, collegamenti che riguardano di nuovo il profilo dell'età, questa volta minima, ma che vanno analizzati da un angolo visuale differente rispetto a quello utilizzato nel paragrafo precedente. Ma andiamo con ordine, partendo dalle modifiche della legge 183/2010. L'art. 48, co. 8, del "Collegato lavoro" dispone che l'obbligo di istruzione (previsto dall'art. 1, co. 662 della l. 296/2006) "si assolve anche nei percorsi di apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione", di cui all'art. 48 del decreto legislativo n. 276 del 2003. Così facendo, il legislatore aveva consentito l'utilizzo di questo tipo di apprendistato anche ai giovani con 15 anni d'età, come prevede lo stesso art. 48 del decreto 276, derogando, sul punto, alla previsione del 2006, secondo la quale "l'età per l'accesso al lavoro è ...elevata a sedici anni"<sup>306</sup>. La previsione del limite minimo di quindici anni anche per l'apprendistato per la qualifica e per il diploma professionale, previsto dall'art. 3 del d.lgs. 167/2011, appare una conferma dell'intenzione del legislatore già espressa con il Collegato lavoro.

A questo punto, ci si chiede dove sia il collegamento con l'ordinamento dell'Unione europea. Va ricordato che non esistono norme vincolanti in tema di contratti formativi, ma va anche tenuto a mente che tali contratti sono cruciali nell'ambito delle politiche per l'occupazione. Ed è ai documenti su queste ultime politiche che occorre guardare per cercare una sintonia o una dissonanza con il livello europeo di regolamentazione. Prima di far ciò, è necessario rammentare che la l. 183 contiene una previsione del tutto pleonastica in materia di apprendistato, laddove ribadisce quanto previsto dall'art. 48, co. 4, d.lgs. 276/2003, ovvero la necessità, per definire i profili formativi dell'apprendistato qualificante, di una "intesa tra le regioni, il Ministero del lavoro...e il Ministero dell'istruzione, sentite le parti sociali" (art. 48, co. 8, l. 183/2010). Tale disposizione fornisce l'occasione per ricordare che i documenti più recenti dell'Unione europea mettono in evidenza la necessità proprio di un coinvolgimento delle parti sociali nell'istruzione e nella formazione professionale, anche nell'apprendistato. La Comunicazione della Commissione europea

<sup>305</sup> Questa previsione conferma la permanenza in vigore dell'art. 1, co. 773, primo periodo, l. 296/2006, richiamato nella nota 9.

<sup>306</sup> Va ricordato che, a livello regionale, allo scopo di favorire l'utilizzo finora alquanto ridotto di questo tipo di apprendistato, si era già tentato di derogare all'età minima dell'obbligo di istruzione. Il riferimento è alla legge della Regione Abruzzo n. 30 del 2009 (art. 25, co. 1), in base alla quale l'apprendistato qualificante, mediante "formazione formale esterna" all'azienda, poteva essere svolto da chi aveva compiuto il quindicesimo anno di età e non era in possesso di una qualifica professionale. Orbene, questa previsione regionale è stata dichiarata dalla Corte costituzionale, con sentenza n. 334 del 24 novembre 2010, e quindi di poco precedente al Collegato lavoro, "in contrasto con la ... disciplina statale sull'obbligo di istruzione, che rientra tra le norme generali sull'istruzione .... [in quanto dava luogo ad una] violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera n), della Costituzione". Correttamente, quindi, il legislatore statale del 2010 ribadisce la sua competenza esclusiva in tema di istruzione e, aggiungerei, anche di età per l'accesso al lavoro (e quindi di accesso ai singoli contratti di lavoro). Non pare quindi ci fosse alternativa all'intervento del legislatore statale per consentire ai quindicenni l'utilizzo dell'apprendistato del primo tipo.

2020, Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva (c.d. Europa 2020) del 3 marzo 2010 – che al contrario degli atti normativi europei già richiamati, non ha valore vincolante - afferma infatti che “a livello nazionale, gli Stati membri dovranno ... sviluppare i partenariati tra il settore dell’istruzione/formazione e il mondo del lavoro, in particolare associando le parti sociali alla pianificazione dell’istruzione e della formazione” (p. 18). Inoltre, il Governo italiano, con un documento del 23 settembre 2009, dei Ministri del lavoro e dell’Istruzione, significativamente intitolato Italia 2020 – Piano di azione per l’occupabilità dei giovani attraverso l’integrazione tra apprendimento e lavoro, sottolinea che il “rilancio del contratto di apprendistato ... non potrà non passare dal maggiore coinvolgimento delle parti sociali” (p. 14). Ci si chiede se gli attori sociali siano stati fatti partecipi in qualche modo nella decisione di ridurre l’età di accesso all’apprendistato del primo tipo e, soprattutto, se riaffermare la sola consultazione di quegli attori precedente all’intesa sui profili formativi, prevista dall’ormai abrogato art. 45, co. 4, sia stato sufficiente a garantire l’ “associazione” delle parti sociali alla pianificazione della formazione e dell’istruzione richiesta dal livello europeo (e quindi ad assicurare la sintonia con questo livello di regolazione).

È vero, però, che il discorso sul ruolo delle parti sociali in generale nella disciplina dell’apprendistato va rivisto alla luce del nuovo testo unico. L’art. 2, co. 1, d.lgs. 167 del 2011 rimette la disciplina del contratto di apprendistato ad appositi accordi interconfederali ovvero ai contratti collettivi nazionali, fissando alcuni principi che le parti sociali devono rispettare. Fra questi, ci sono i profili più importanti della disciplina comune alle tre forme di apprendistato, quali la forma, il patto di prova, l’inquadramento, il tutorato, il finanziamento dei percorsi formativi, il recesso dal contratto, ecc. Pertanto, si può dire che il ruolo degli attori sociali sia stato potenziato e che, soprattutto, siano state istituzionalizzate funzioni che la contrattazione collettiva di fatto esercita già da anni. Ad esempio, riallacciandosi al discorso fatto nel paragrafo precedente, la fonte autonoma è autorizzata ad effettuare il sottoinquadramento dei lavoratori fino ad un massimo di due livelli oppure a stabilire la retribuzione dell'apprendista in misura percentuale e in modo graduale alla anzianità di servizio e, quindi, a rendere operativo uno degli incentivi più importanti previsti per questa fattispecie contrattuale, potendo realizzare anche una differenziazione su base settoriale del trattamento retributivo, indipendentemente da un maggiore o minore impegno qualitativo o quantitativo del prestatore di lavoro<sup>307</sup>.

### 3. L’apprendistato in alcuni ordinamenti stranieri: la Germania.

Passando all’altra accezione dell’espressione “normative europee” cui si è fatto riferimento in precedenza, ovvero alla comparazione con alcuni ordinamenti nazionali<sup>308</sup>, è opportuno partire dall’ordinamento tedesco, che è uno dei sistemi giuridici che utilizza l’apprendistato da più tempo. In Germania non esiste una legislazione specificamente dedicata all’istituto in questione, ma la disciplina dell’apprendistato è inserita nella legge federale sulla Formazione professionale<sup>309</sup>, la cui versione originaria è del 1969, ma che è stata di volta in volta modificata fino al 2005, anno al quale risale l’ultima riforma più significativa. Il sistema tedesco è caratterizzato dal “principio di dualità”, ovvero dall’alternanza fra la formazione esterna in apposite scuole o istituti

<sup>307</sup> V. ZOPPOLI L., *Contrattazione collettiva e Unità d'Italia*, Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, n. 130/2011, in [www.lex.unict.it](http://www.lex.unict.it), p. 12.

<sup>308</sup> Sul tema v. RYAN, *Apprendistato: tra teoria e pratica, scuola e luogo di lavoro*, in *DRI*, 2011, p. 913 ss., che propone un’analisi comparata di alcuni elementi dell’apprendistato negli ordinamenti di Italia, Germania, Gran Bretagna e Svizzera.

<sup>309</sup> È la *Berufsbildungsgesetz* (BBiG).

formativi e la formazione in azienda. Mentre la seconda è regolata dalla legislazione nazionale (ovvero dalla legge prima menzionata), la prima è disciplinata dalla normativa dei singoli Länder.

La formazione sui luoghi di lavoro è basata su un contratto in forma scritta fra l'apprendista e il datore di lavoro, che è, appunto, il contratto di apprendistato, mediante il quale ognuna delle parti si obbliga ad acquisire e a fornire le conoscenze e le abilità richieste dalla qualifica finale. La dottrina tedesca maggioritaria esclude che l'apprendistato sia un contratto di lavoro<sup>310</sup>. A ben guardare, però, nella legge del 1969 ci sono alcune disposizioni che potrebbero anche avvalorare la tesi contraria. I riferimenti sono: 1) alla norma secondo la quale se l'apprendista continua a *lavorare* presso il datore di lavoro dopo che "il rapporto formativo si è concluso ... si ritiene si sia instaurato un rapporto di lavoro a tempo indeterminato"<sup>311</sup>, ammettendo, in tal modo, che il contratto ha ad oggetto, anche se non in via esclusiva, un'attività lavorativa; 2) all'indicazione, fra gli obblighi dell'apprendista, di seguire le istruzioni impartite dal datore di lavoro<sup>312</sup>; 3) alla previsione secondo la quale all'apprendistato si applicano le disposizioni in materia di contratti di lavoro, sempre che siano compatibili con la natura e lo scopo dall'apprendistato.

Il documento contrattuale deve indicare la natura, gli obiettivi e la data iniziale e finale della formazione (che non può essere inferiore ai due né superiore ai tre anni), il tipo di attività svolta e le mansioni per le quali è richiesta la formazione, la durata del periodo di prova, l'orario normale giornaliero, la durata delle ferie, il pagamento di un'indennità, un rinvio generale ai contratti collettivi, le condizioni di risoluzione del contratto<sup>313</sup>. A proposito di quest'ultimo aspetto, la normativa legale specifica che la risoluzione del contratto può avvenire in qualunque momento e senza preavviso durante il periodo di prova<sup>314</sup>. Successivamente, invece, la risoluzione può verificarsi soltanto in due casi: 1) per un "motivo valido" senza preavviso o 2) da parte dell'apprendista, previo preavviso di quattro settimane, al fine di accettare un altro impiego. Comunque, in ogni caso di risoluzione anticipata del contratto dopo il periodo di prova, il lavoratore o il datore di lavoro possono chiedere un risarcimento danni se la controparte è responsabile della risoluzione.

Scendendo nella realtà concreta dello svolgimento del rapporto di lavoro e dell'attività formativa, la maggior parte degli apprendisti tedeschi frequenta due giorni a settimana gli istituti formativi presso i quali gli viene impartita una formazione di carattere generale e teorico. Gli altri tre giorni li trascorre in azienda, anche se molte imprese preferiscono che l'alternanza fra formazione esterna ed interna sia su base settimanale o mensile. Nelle aziende medio-piccole generalmente è impartita una formazione *on the job*, mentre in quelle di grandi dimensioni la formazione interna è erogata dai centri formativi aziendali.

Il sistema duale tedesco si basa sul consenso, ovvero anzitutto sulla stretta cooperazione fra scuola o istituti formativi e aziende. Il sistema è dipendente dall'offerta di posti di lavoro per apprendisti da parte delle aziende, mentre queste ultime non hanno alcun obbligo di ricorrere all'apprendistato, ma, se vi ricorrono, devono rispettare le rigide regole previste per la formazione

<sup>310</sup> Sul punto v. SANTAGATA, *Contratti a contenuto formativo e costo del lavoro*, in ZOPPOLI L., DELFINO (a cura di), *Flexicurity e tutele. Il lavoro tipico e atipico in Italia e Germania*, Ediesse, 2008, p. 147 ss., che richiama la dottrina tedesca maggioritaria cui si faceva riferimento

<sup>311</sup> Sezione 24, BBIG.

<sup>312</sup> Sezione 13(3), BBIG.

<sup>313</sup> Sezione 11, BBIG.

<sup>314</sup> Sezione 22, BBIG.

professionale (standard formativi, controlli, ecc.). Inoltre, il consenso ha anche un'altra accezione, ovverosia il coinvolgimento delle parti sociali. Queste ultime negoziano gli standard formativi di base. Una volta raggiunto un accordo in materia, l'Istituto Federale per la Formazione (BIBB) ha il delicato compito di proporre un progetto (formativo) che deve tenere in considerazione le interconnessioni fra le prerogative del Governo federale e dei Länder, oltre a rispettare il punto di vista degli altri partner. I Länder predispongono il curriculum per gli istituti della formazione professionale ed il BIBB sviluppa i contenuti della formazione sul luogo di lavoro, con la collaborazione di esperti designati dalle associazioni datoriali e sindacali del settore coinvolto. Solo dopo che tutti i partner hanno prestato il proprio consenso al progetto formativo, il Governo federale può ratificare il nuovo programma formativo.

Per quanto riguarda i costi dell'apprendistato, la norma di riferimento è la sezione 17 della legge federale del 1969, secondo la quale i datori di lavoro riconoscono agli apprendisti "un'indennità appropriata" da stabilire in base all'età del lavoratore e da aumentare almeno una volta all'anno, in una misura non predeterminata. L'unico altro limite riguarda il lavoro prestato oltre l'orario normale concordato, remunerato separatamente o compensato con appositi riposi. Questa previsione legale, di fatto, rimette la determinazione della remunerazione alla contrattazione collettiva nazionale di settore, che, nell'esercitare questa prerogativa, generalmente prevede una retribuzione media pari a meno di due terzi rispetto a quella dei lavoratori qualificati<sup>315</sup>. Comunque, anche il sistema tedesco è caratterizzato da una remunerazione ridotta rispetto a quanto riconosciuto ai lavoratori della medesima impresa e ciò incentiva l'assunzione dei soggetti in formazione. Va ribadito, ancora una volta, il ruolo-chiave svolto dalle parti sociali, alle quali spetta la scelta in merito all'*an* ed al *quantum* della determinazione dell'indennità compensativa in misura ridotta rispetto alla retribuzione ordinaria. Inoltre, va preso in considerazione il rinvio, prima menzionato, alla fonte collettiva, anche decentrata, cosicché, almeno in linea teorica, è possibile una differenziazione remunerativa su base aziendale. È appena il caso di sottolineare che, come si è ricordato in precedenza, questa incentivazione non costituisce né un aiuto di Stato, né una misura generale e che pertanto la differenziazione di trattamento economico su base settoriale o aziendale è perfettamente legittima dal punto di vista dell'ordinamento europeo.

#### 4. Segue. Il sistema francese.

L'importanza dell'apprendistato nel sistema francese si deduce già dal primo articolo delle "nuove disposizioni legislative" del Titolo I, libro II, parte VI del *Code du Travail*, dove si legge che tale contratto "concorre agli obiettivi formativi della Nazione". Esso, poi, rientra nel sistema di "formazione per alternanza", nel quale, ad un'esperienza pratica in azienda, si unisce un percorso formativo in appositi Centri di formazione per gli apprendisti (CFA). L'obiettivo dell'apprendistato è il conseguimento di un titolo di studio, diploma o titolo professionale riconosciuto, rilasciato al termine del contratto, previo superamento di un esame, titolo che è identico a quelli attribuiti dal sistema generale di istruzione.

---

<sup>315</sup> TREMBLAY, LE BOT, *The German dual apprenticeship system analysis of its evolution and present challenges*, Research note no. 2003-4a, Université du Québec, 2003.

L'età per accedere all'apprendistato è compresa tra i 16 ed i 25 anni, anche se il limite minimo può essere abbassato a 14 anni in seguito alle modifiche previste dalla l. 893/2011, c.d. *Legge Cherpion*<sup>316</sup>.

Qualunque azienda può assumere un apprendista se il datore di lavoro dichiara all'autorità amministrativa di adottare le misure necessarie per l'apprendimento da parte del giovane e se garantisce che le apparecchiature, le tecniche utilizzate, le condizioni di lavoro, di salute e sicurezza, nonché le competenze professionali di coloro che sono responsabili della formazione consentono un percorso formativo adeguato<sup>317</sup>.

L'apprendistato è un contratto di lavoro a tempo determinato da stipularsi in forma scritta. L'apprendista beneficia delle disposizioni applicabili a tutti i lavoratori subordinati, in quanto compatibili. La durata "normale" (per il conseguimento di un diploma o di un titolo professionale certificato) è di 2 anni, elevabile a 3 per il conseguimento di un diploma di insegnamento superiore, o a 4 anni per i disabili. Tuttavia, la durata può subire variazioni, in aumento o in diminuzione, tenendo presente il livello di qualifica che si desidera conseguire e il numero di ore di formazione presso i CFA. E tale variazione può avvenire mediante una convenzione, o accordo di settore, oppure, in mancanza, mediante una decisione congiunta dei Ministri responsabili della formazione professionale, dell'istruzione, e, ove richiesto, del Ministro che rilascia il titolo o diploma<sup>318</sup>. Le parti possono mutare la durata del contratto (nell'intervallo tra 1 e 3 anni), tenendo presente il livello iniziale di competenze dell'apprendista, ma sempre con l'autorizzazione dell'autorità amministrativa, previo parere, ove richiesto, dell'Università o dell'istituto di insegnamento superiore interessati.

Fra gli obblighi legali in capo al datore di lavoro vanno segnalati il pagamento della retribuzione, determinata in percentuale del salario minimo (SMIC), il cui ammontare varia in funzione dell'età dell'apprendista<sup>319</sup> e la garanzia di "una formazione professionale completa", erogata in parte in azienda, in parte presso i CFA, nei quali il datore è tenuto ad iscrivere l'apprendista. A tale scopo

<sup>316</sup> Infatti chi compie 15 anni nel corso dell'anno civile può stipulare un contratto di apprendistato a particolari condizioni: se ha concluso il primo ciclo di studi dell'insegnamento secondario, o se ha seguito un percorso formativo come previsto all'art. L. 337-3-1 del Codice dell'istruzione. In tale ipotesi, l'ultimo anno di scuola superiore il giovane lo segue in un CFA o in un liceo professionale, conservando lo status di studente e mantenendo i contatti con la scuola. Durante questo anno egli effettua dei brevi *stages* nelle imprese per orientarsi e scegliere il percorso formativo da inserire nel progetto formativo. La modifica ha comportato che ormai i giovani di 14 anni possono accedere al contratto di apprendistato, a condizione che compiano 15 anni nel corso dell'anno civile. È previsto che il rientro nel sistema scolastico sia possibile in ogni momento. Anche il limite massimo può essere derogato in due ipotesi: 1) per i giovani affetti da disabilità e in questo caso l'età massima è innalzata a 26 anni; 2) quando il contratto che si intende sottoscrivere è successivo ad un precedente contratto di apprendistato e consente il conseguimento di un diploma di livello superiore rispetto a quello ottenuto con il precedente contratto.

<sup>317</sup> Per consentire un'adeguata formazione pratica del giovane, l'imprenditore può altresì stipulare una convenzione con l'apprendista ed un'impresa che abbia a disposizione mezzi tecnici di cui egli non dispone (art. R6223-10 ss.), ma tale convenzione trova applicazione solo in caso di mancata opposizione da parte dell'"ispettore dell'apprendistato" (art. R6223-13). In tali casi, l'impresa che accoglie l'apprendista è responsabile del rispetto delle regole inerenti l'orario di lavoro e la tutela della salute e sicurezza del lavoratore (art. R6223-15).

<sup>318</sup> Nei casi di cui all'art. L6222-9 (formazione volta al conseguimento di un diploma o titolo dello stesso livello ed in relazione con un precedente diploma o titolo ottenuti nel corso di un precedente contratto di apprendistato; di livello inferiore rispetto ad un diploma, o titolo, precedentemente ottenuti), la durata può variare tra sei mesi ed un anno in funzione del livello di qualificazione che si intende raggiungere, su decisione dell'autorità amministrativa competente (ad es., direttore regionale per l'alimentazione, l'agricoltura e le foreste o direttore regionale per la gioventù, gli sport e la coesione sociale), previo parere del direttore del CFA (nel caso di una sezione di apprendistato, del responsabile dell'istituto) (art. R6222-8).

<sup>319</sup> La riduzione va dal 25 al 78%.

deve selezionare tra i dipendenti un tutor, il *maître d'apprentissage*, che è direttamente responsabile della formazione dell'apprendista, che curerà le relazioni con il CFA e seguirà il percorso formativo del giovane.

Qualora constatino l'inadempimento del datore di lavoro degli obblighi posti a suo carico dalla legge e dal contratto, le autorità amministrative competenti per l'ispezione e la vigilanza, dopo che l'imprenditore è stato messo in mora e fatto salvo il suo diritto ad essere ascoltato, possono opporsi all'assunzione dell'apprendista. L'autorità amministrativa decide altresì se i contratti in corso possano continuare ad avere esecuzione; in caso di esito negativo, essi si intendono risolti, con conseguente obbligo del datore di lavoro di versare agli apprendisti le somme cui avrebbero avuto diritto se i rispettivi contratti fossero arrivati alla loro naturale scadenza.

Ogni parte può recedere liberamente dal contratto durante i primi due mesi. Trascorso questo periodo, il contratto può essere risolto soltanto sulla base di un accordo scritto, oppure la risoluzione può essere dichiarata dal consiglio dei probiviri, in caso di colpa grave, di reiterati inadempimenti di una delle parti, o per l'inadeguatezza dell'apprendista a svolgere la professione per l'apprendimento della quale è stato sottoscritto il contratto.

È possibile la conclusione di più contratti di apprendistato per conseguire diplomi o titoli che riconoscono qualifiche differenti. Non è richiesto alcun limite temporale per la successione dei contratti<sup>320</sup>. Qualora un dipendente abbia un contratto di lavoro a tempo indeterminato, questi può, previo accordo con il datore di lavoro, essere sospeso per la durata del contratto di apprendistato con il medesimo datore. La durata della sospensione del contratto di lavoro è pari alla durata della formazione necessaria per ottenere la qualifica che si vuol raggiungere.

L'apprendistato è cofinanziato dalle imprese, dalle Regioni e dallo Stato. Ogni anno gli imprenditori sono tenuti a pagare una "tassa di apprendistato", calcolata in base al monte salari. Un'"indennità compensatrice forfetaria" è invece erogata dalla Regione in cui si trova l'impresa che accoglie l'apprendista, per ogni anno del ciclo formativo. La Regione ne determina l'ammontare e le condizioni per la sua erogazione, di solito in relazione alla durata effettiva del contratto. Le imprese possono, poi, beneficiare di un credito d'imposta annuale, l'entità del quale dipende dal numero complessivo di apprendisti assunti. Lo Stato si fa carico del versamento dei contributi in talune ipotesi: a) per le imprese iscritte al "registro dei mestieri" e per i datori che occupano meno di 11 dipendenti, l'esonero riguarda tutti i tipi di contribuzione; b) al di fuori di questi casi, l'esonero riguarderà solo la contribuzione "patronale" previdenziale e quella "salariale" di origine legale e convenzionale. Il decreto n. 693/2009 aveva introdotto la previsione di un ulteriore incentivo economico per l'assunzione di altri apprendisti, da parte di un'impresa con meno di 50 dipendenti, tra il 24 aprile 2009 e il 30 giugno 2010. È appena il caso di dire che, fra tutte le misure indicate, solo quelle settoriali sono aiuti di Stato; quindi, considerando che l'ultimo incentivo aveva un carattere temporaneo, sono solo i benefici riguardanti le imprese con meno di 11 dipendenti a dover essere sottoposti al vaglio della normativa dell'Unione europea.

---

<sup>320</sup> Tuttavia, se l'apprendista ha già stipulato due contratti successivi di pari livello, per concludere il terzo, sempre dello stesso livello, è necessaria l'autorizzazione del direttore dell'ultimo CFA che ha frequentato.

Infine, la legge *Cherpion* ha previsto alcune novità, oltre all'abbassamento dell'età minima cui si è prima fatto riferimento, quali la possibilità anche per le agenzie di somministrazione di concludere il contratto in questione e l'abolizione del periodo di prova in caso di sottoscrizione di un contratto (oltre che a tempo indeterminato), a tempo determinato, o di somministrazione, successivo ad un contratto di apprendistato<sup>321</sup>.

## 5. Segue. Il caso spagnolo.

In Spagna sono previsti due contratti formativi: il *contrato en practicas* e il *contrato para la formación* (quest'ultimo recentemente modificato anche nella denominazione), che, sebbene abbiano in comune la finalità formativa, si differenziano notevolmente. La ragione di tale "duplicazione contrattuale" è data dal fatto che il *contrato para la formación* ha come destinatari i lavoratori carenti di formazione teorica e pratica, mentre il *contrato en practicas* presuppone un'adeguata formazione teorica, che è necessario integrare con la sua applicazione pratica direttamente sul luogo di lavoro. In entrambi i casi si tratta di contratti a tempo determinato.

Il *contrato en practicas* adempie alla finalità formativa con il mero svolgimento della prestazione di lavoro, in quanto la formazione non costituisce un obbligo autonomo dell'imprenditore, ed il lavoratore deve essere assunto per mansioni adeguate al suo titolo di studio<sup>322</sup>. La Ley 35/2010 ha modificato profondamente la normativa precedente con riguardo proprio alla disciplina di questa fattispecie contrattuale. Il *contrato en practicas* può stipularsi con soggetti che possiedono un titolo di studio a livello universitario, di formazione professionale di grado medio o superiore, o titoli ufficialmente riconosciuti come equivalenti, entro 5 anni (7 nel caso di lavoratori disabili) successivi al termine dei corrispondenti studi. La durata massima di questo contratto è fissata in 2 anni nella medesima impresa per lo stesso posto di lavoro, mentre la retribuzione viene stabilita dai contratti collettivi.

Come si è anticipato, il *contrato para la formación* è stato sostituito, mediante il Real Decreto Ley 10 del 26 agosto 2011, da una nuova fattispecie contrattuale, che solo in parte conserva la denominazione della precedente: il *contrato para la formación y el aprendizaje*. La nuova versione dell'art. 11 *Estatuto de los Trabajadores* (ET) individua l'oggetto del contratto nella "qualificazione professionale dei lavoratori in un regime di alternanza fra attività lavorativa retribuita in un'impresa e attività formativa svolta nell'ambito del sistema della formazione professionale per l'impiego o del sistema d'istruzione". Pertanto, in questa fattispecie contrattuale, la formazione costituisce un obbligo dell'imprenditore che deve essere adempiuto sia direttamente sia attraverso centri formativi esterni. Tale contratto è rivolto ai giovani fra i 16 ed i 25 anni, che non sono in possesso della qualifica professionale riconosciuta, mentre non c'è limite massimo d'età per i

<sup>321</sup> Infine, nel caso di attività stagionali, il contratto può anche essere trilaterale, ovvero concluso da due imprenditori ed un apprendista (art. L6222-5-1, modificato dalla l. 893/2011, art. 6), e può avere ad oggetto il conseguimento di due qualifiche professionali differenti (co. 1). A questo tipo di contratto d'apprendistato sarà allegata una convenzione tripartita (co. 2), che indichi, tra l'altro, l'assegnazione dell'apprendista tra le due aziende, nel corso del contratto, secondo un calendario predefinito, e il numero di ore lavorate in ciascuna azienda (co. 2, n. 1), oltre che le condizioni di organizzazione del tutorato tra le due imprese (co. 2, n. 2), la designazione del datore di lavoro tenuto al pagamento della remunerazione dovuta per ciascun periodo trascorso dall'apprendista nei centri di formazione di apprendistato e le sezioni di apprendimento (co. 2, n. 3). L'apprendista dovrà avere un *maître d'apprentissage* in ciascuna impresa.

<sup>322</sup> "Il contratto *en practicas*... trova la sua ragion d'essere nella presa d'atto da parte dell'ordinamento che il sistema educativo non riesce ad offrire la perizia professionale necessaria per lo svolgimento di un determinato lavoro": LOFFREDO, PEREZ REY, *Contratti a termine e mercato del lavoro: Spagna e Italia*, Studi Senesi, 2002, p. 524.

disabili. Inoltre, fino al 31 dicembre 2013, il contratto può essere stipulato anche con lavoratori che abbiano un'età massima di 30 anni. La durata del contratto può essere stabilita fra un minimo di uno ed un massimo di due anni, ed è prorogabile per ulteriori 12 mesi. La giornata lavorativa non può essere superiore al 75% della giornata massima prevista dalla legge o dal contratto collettivo e deve essere compatibile con lo svolgimento dell'attività formativa. La retribuzione va fissata in proporzione al tempo di lavoro effettivo e secondo quanto previsto dal contratto collettivo, ma comunque non può essere inferiore al salario minimo legale. Una volta scaduto il termine, il lavoratore non può più essere assunto con questa fattispecie contrattuale né nella stessa, né in un'altra impresa. Nell'ipotesi di assunzioni riguardanti lavoratori disoccupati con più di 20 anni, è prevista una riduzione dei contributi datoriali per la sicurezza sociale pari al 100%, se l'impresa occupa meno di 250 dipendenti, ed al 75%, oltre tale limite dimensionale. In caso di trasformazione in contratto a tempo indeterminato, l'impresa beneficia per tre anni di una riduzione contributiva in misura fissa<sup>323</sup>. Come si vede, i benefici contributivi erogati per il *contrato para la formación y el aprendizaje* riguardano solo l'ipotesi di assunzione di lavoratori che hanno superato il limite d'età appena indicato e che sono disoccupati, mentre le imprese non sono incentivate ad assumere lavoratori più giovani. Con riferimento alla stabilizzazione, invece, gli incentivi riguardano qualsiasi ipotesi di stipulazione del contratto.

## 6. Segue. La regolamentazione in (una parte della) Gran Bretagna.

Per quanto riguarda la disciplina del Regno Unito, è anzitutto necessario premettere che non esiste una regolamentazione applicabile a tutto il territorio nazionale, essendo, questo, un ambito nel quale la competenza a legiferare spetta alle tre assemblee parlamentari esistenti nel Paese<sup>324</sup>. Pertanto, ci si occuperà della disciplina inglese, oggetto peraltro di una riforma abbastanza recente, l'*Apprenticeship, Skills, Children and Learning Act* del 2009, che, con gli opportuni adattamenti, previsti dalla medesima fonte legale, si applica pure al Galles.

È interessante sottolineare che la definizione delle "caratteristiche" del contratto di apprendistato precede la disciplina di fonte legale, trovando il suo fondamento in una decisione giurisprudenziale ormai abbastanza risalente nel tempo. Infatti, è la sentenza *Dunk v George Waller & Son Ltd* del 1970, ad individuare le tre caratteristiche del contratto di apprendistato: 1) garantire una retribuzione per la durata del programma formativo; 2) consentire, in virtù del programma formativo, il conseguimento di una 'apprezzabile abilità' nel lavoro; 3) fornire occasioni di impiego nel mercato del lavoro a conclusione del periodo di apprendistato. Queste caratteristiche si innestavano in una disciplina legale del contratto profondamente diversa dall'attuale, caratterizzata dal fatto che la formazione era quasi esclusivamente aziendale ed impartita dal datore di lavoro. Tuttavia, la giurisprudenza più recente<sup>325</sup> ha continuato a sostenere che - pur se la formazione nell'apprendistato è finanziata con fondi governativi, come si vedrà di qui a poco, ed è impartita anche da un soggetto terzo rispetto alle parti del contratto di lavoro, essendo previsto dalla legislazione recente un periodo di formazione obbligatoria extra-aziendale - è ancora richiesta la cooperazione del datore di lavoro nell'espletamento dell'attività formativa (ad esempio attraverso

<sup>323</sup> Si tratta di 1500 euro l'anno, elevati a 1800 nel caso in cui l'apprendista sia una donna.

<sup>324</sup> Il Parlamento di Londra, che, oltre che sull'Inghilterra e sul Galles, ha anche la potestà legislativa, in alcune materie, sull'intero territorio del Regno Unito, l'Assemblea parlamentare scozzese e quella nord-irlandese.

<sup>325</sup> V., ad es., la sentenza *Flett v Matheson* del 2006.

permessi o pause). Pertanto, l'apprendistato può essere definito un contratto che prevede, per un periodo definito di tempo, una combinazione di lavoro, apprendimento e sostegno a favore di un individuo, allo scopo di far sviluppare a quest'ultimo abilità e conoscenze, di solito all'interno di un programma volto al conseguimento di una qualifica professionale.

Non c'è dubbio che la legislazione attualmente vigente assimili l'apprendistato ad un *contract of employment*, sebbene di tipo speciale, in quanto si tratta di un contratto il cui primo scopo è la formazione del lavoratore, mentre l'effettivo svolgimento di un'attività lavorativa (che comunque è un obbligo contrattuale) è secondario rispetto alla prima. A tale fattispecie si applicano i diritti dei lavoratori standard (in quanto gli apprendisti sono, appunto, *employees* e non *workers*). Sicché si è dinanzi ad un contratto di apprendistato quando un datore di lavoro si impegna ad insegnare un mestiere e l'apprendista ad 'adempiere' (all'obbligo lavorativo) e ad 'apprendere'. Come tutti gli altri contratti di lavoro, il contratto di apprendistato deve contenere l'indicazione delle mansioni da svolgere, dell'orario di lavoro, della retribuzione, delle ferie e degli altri *benefit*; sono invece suo oggetto esclusivo le clausole che prevedono il tipo e le modalità della formazione (cioè in college, attraverso pause dal lavoro, frequentando diverse unità produttive della medesima azienda, ecc.). Nonostante possa essere stipulato per un periodo di tempo limitato, l'apprendistato non è un contratto a tempo determinato, poiché le *Fixed-Term Employees (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations* del 2002, ossia la normativa di recepimento della direttiva 99/70/CE, escludono espressamente tale fattispecie dal loro campo di applicazione. L'apprendistato, quindi, può essere considerato un contratto che produce i suoi effetti fino ad una data o ad un evento prestabiliti, che possono essere fissati abbastanza liberamente dalle parti in considerazione del fatto che la legge non prevede una durata né minima né massima, anche se la durata del contratto è da mettere in collegamento al periodo di formazione esterna indicato nei programmi formativi predisposti dal *National Apprenticeship Service*<sup>326</sup>. Se il rapporto di lavoro non è rinnovato dopo quella data (o quell'evento), l'apprendista sarà considerato come se fosse stato licenziato, con la conseguente applicazione della normativa in materia, che prevede, fra l'altro, l'obbligo di ricevere una comunicazione scritta.

Per quanto riguarda gli altri obblighi del datore di lavoro, questi si deve far carico della crescita personale e della formazione dell'apprendista, oltre a provvedere, come detto, allo sviluppo professionale e alle abilità del lavoratore. Nonostante si applichi l'*Employment Rights Act* del 1996, la possibilità di risolvere il contratto prima del completamento del programma formativo, è limitata. Infatti, l'apprendista non può mai essere considerato *redundant* (in esubero). Una crisi economica generale o una difficoltà riguardante la singola impresa, che impedisca al datore di lavoro di rispettare il programma di lavoro e formazione concordato, è considerata un inadempimento contrattuale, dal quale deriva il diritto per l'apprendista di ricevere la retribuzione e i *benefit* fino al termine del contratto, oltre ad una compensazione per l'impossibilità, da parte dell'imprenditore, di impartire la formazione e per la perdita di *chance* nel mercato del lavoro<sup>327</sup>.

<sup>326</sup> È un ente governativo che si occupa della progettazione e del finanziamento dell'istruzione e della formazione mediante apprendistato in Inghilterra.

<sup>327</sup> V. il caso *Wallace v CA Roofing* del 1996.

Non c'è un obbligo legale per il datore di lavoro di stabilizzare l'apprendista al termine del periodo di formazione, ma un obbligo di tal genere può essere previsto contrattualmente.

Nel 2010 è stato introdotto un salario minimo nazionale: per gli apprendisti fino a 19 anni, per tutta la durata del contratto; per gli altri apprendisti, solo per il primo anno<sup>328</sup>. Se l'apprendista, dopo un anno di contratto, è ancora dipendente dallo stesso datore di lavoro, ha diritto ad un salario minimo nazionale corrispondente alla sua età o a una retribuzione appropriata al suo lavoro. Tuttavia, in Inghilterra esistono accordi collettivi transitori che riconoscono agli apprendisti il diritto a percepire almeno 95 sterline a settimana trascorso un anno dalla sottoscrizione del contratto o fino a che essi non raggiungono i requisiti per il salario minimo nazionale appropriato all'età. Molti datori di lavoro erogano agli apprendisti una retribuzione oraria percentualmente ridotta rispetto agli altri lavoratori, correndo però il rischio di imbattersi in una discriminazione per età. Ed il medesimo rischio si presenta nel momento dell'indicazione, ad esempio, nelle inserzioni su giornali o altri mezzi di comunicazione, di un limite massimo d'età, non previsto dalla disciplina legale. In tale ipotesi, il datore di lavoro deve essere pronto a dimostrare che quella soglia è un mezzo proporzionato per raggiungere uno scopo legittimo, come previsto dalla legislazione antidiscriminatoria<sup>329</sup>. Il limite minimo d'età, invece, è il medesimo previsto per tutti i contratti di lavoro, ovvero la conclusione dell'obbligo scolastico, che avviene a sedici anni<sup>330</sup>.

La questione dell'età è legata a filo doppio anche alla politica di incentivazione dell'apprendistato, in quanto il Governo inglese ha previsto un piano di contribuzione ai costi della formazione obbligatoria, secondo il quale i benefici economici sono inversamente proporzionali all'età degli apprendisti. Infatti, il *National Apprenticeship Service* copre fino al 100% o al 50% dei costi della formazione, a seconda se ad essere assunti come apprendisti sono giovani fra i 16 e i 18 o fra i 19 e i 24; mentre, per i contratti di apprendistato conclusi con soggetti che hanno almeno 25 anni, l'incentivazione economica non è più generalizzata, ma è prevista solo per specifici posti di lavoro.

## 7. Spunti di comparazione con riferimento al binomio “giovani-formazione”.

Effettuare una comparazione fra le discipline dei diversi Paesi esaminati sarebbe difficoltoso e qui, d'altro canto, un confronto meticoloso su tutti i profili dell'apprendistato probabilmente non sarebbe nemmeno utile alla comprensione dei vari sistemi nazionali. Pertanto, è opportuno procedere alla comparazione con riferimento solo ad alcuni aspetti del contratto in questione, ovvero a quelli che ruotano attorno al binomio “giovani-formazione”, oggetto principale di questo contributo.

Partendo dalla nozione di “giovani”, la questione va ricondotta a quella dell'età in cui si può ricorrere al contratto di apprendistato. Si è visto che la normativa italiana stabilisce una fascia d'età abbastanza ampia, che va dai 15 ai 29 anni<sup>331</sup>, ma si è anche rilevato che il nostro non è l'unico Paese a prevedere una fascia d'età estesa. Tale intervallo, infatti, si avvicina abbastanza a quelli

<sup>328</sup> L'importo è fissato in 2,50 sterline all'ora.

<sup>329</sup> V. l'*Equality Act* del 2010.

<sup>330</sup> Per l'esattezza, in Inghilterra un giovane può lasciare la scuola nel mese di giugno dell'anno scolastico in cui compie i 16 anni.

<sup>331</sup> Ovviamente tenendo conto dell'articolazione dell'apprendistato nei tre contratti previsti.

indicati nelle legislazioni francese e spagnola, secondo le quali si possono stipulare contratti di apprendistato con giovani, nel primo ordinamento, fra i 15 e i 25 anni, e, nel secondo, fra i 16 e i 25 anni, elevabili a 30, pur se per un periodo transitorio<sup>332</sup>. Sul versante opposto si collocano gli ordinamenti tedesco e inglese, che non prevedono limiti legali massimi d'età per stipulare il contratto di apprendistato, pur se, nel caso tedesco, statisticamente solo una ridotta percentuale di contratti di apprendistato è sottoscritta da lavoratori ultraventicinquenni, ed anche in Inghilterra il limite d'età è dettato dal mercato, in considerazione del fatto che gli incentivi economici generalizzati riguardano i lavoratori fino a 24 anni. Va ricordato, poi, che nell'ultimo ordinamento menzionato la questione delle soglie d'accesso al contratto è particolarmente delicata, intrecciandosi con la "scivolosa" normativa antidiscriminatoria.

I limiti d'età dell'apprendistato sono importanti in quasi tutti i contesti nazionali anche con riferimento all'incentivazione del contratto. Oltre a quanto già detto sulla disciplina inglese, va ribadito che tale ordinamento prevede un salario minimo *ad hoc* per gli apprendisti, a dire il vero non molto elevato. A proposito del contesto italiano, ai giovani assunti mediante apprendistato nella maggior parte dei casi è riconosciuta una retribuzione ridotta ed i datori di lavoro ricevono il beneficio aggiuntivo di una contribuzione previdenziale decurtata. Anche in Germania, la compensazione dell'apprendista può essere determinata in misura ridotta rispetto a quella degli altri lavoratori, purché si tenga conto dell'età del soggetto, lasciando intendere che tale indennità deve essere proporzionata agli anni dell'apprendista. Una considerazione simile può essere fatta per l'ordinamento francese, ove la retribuzione, che può essere fissata in misura inferiore al salario minimo nazionale, deve variare in funzione dell'età dell'apprendista. Inoltre, pure in questo ordinamento, le imprese sono incentivate economicamente ad assumere giovani con contratto di apprendistato, ma in misura differenziata a seconda della dimensione aziendale. Una previsione affine caratterizza la disciplina spagnola, anche se in tale sistema l'incentivazione interessa solo le assunzioni degli apprendisti che hanno un'età superiore ai 20 anni, mentre gli incentivi per la stabilizzazione riguardano qualsiasi ipotesi di stipulazione del contratto, a dimostrazione del fatto che l'ordinamento considera meritevole di particolare tutela la prospettiva della conclusione di un contratto a tempo indeterminato.

Passando al profilo della formazione, uno dei contesti più strutturato è sicuramente quello tedesco. Il "sistema duale" garantisce un'alternanza fra formazione esterna nelle scuole e nei centri formativi, la cui disciplina è di competenza della legislazione nazionale, e formazione interna, regolamentata dai Länder. L'impressione è che il quadro normativo tedesco preveda una separazione abbastanza rigida fra i due tipi di formazione, la cui erogazione è spesso confinata in differenti giorni della settimana (del mese o dell'anno). Separazione dei momenti formativi non significa, però, mancanza di cooperazione fra i vari attori coinvolti nella formazione, in quanto il modello tedesco si fonda sul consenso ad ampio spettro fra Stato, Länder, scuole, istituti formativi, aziende e parti sociali.

Il sistema formativo che più si avvicina a quello da ultimo analizzato è il francese, anch'esso caratterizzato dall'alternanza fra formazione pratica in azienda e formazione teorica esterna, che però si svolge non presso scuole o istituti formativi di carattere generale, bensì presso appositi

<sup>332</sup> In questo caso la comparazione è possibile con il *contrato para la formación y el aprendizaje*.

Centri di formazione per gli apprendisti. Tratto caratterizzante del sistema francese è il penetrante controllo amministrativo sugli obblighi del contratto di apprendistato e, soprattutto, sull'attività formativa (peraltro non estraneo nemmeno al modello tedesco). I datori di lavoro necessitano, infatti, di un'autorizzazione dell'autorità amministrativa per ricorrere all'apprendistato e la medesima autorità effettua anche controlli successivi alla stipulazione del contratto, potendo dichiararne la risoluzione, in caso di inadempimento accertato degli obblighi contrattuali (e quindi anche di quelli formativi).

Persino nel "moderno apprendistato" inglese la formazione esterna ha spazi sempre crescenti, con la conseguenza che questo sistema è più vicino a quelli continentali di quanto non fosse anni fa, senza tuttavia rinunciare all'importanza della formazione *on the job*, tipica dell'apprendistato "classico", secondo il quale il datore di lavoro deve farsi carico della crescita personale e della formazione dell'apprendista e deve provvedere allo sviluppo professionale del medesimo. Tuttavia, l'aumentata importanza della formazione esterna è testimoniata, da un lato, dalla sua obbligatorietà nel percorso dell'apprendista e, dall'altro, dal fatto che gli unici benefici economici diretti erogati dal Governo sono volti proprio alla copertura, totale o parziale, dei costi di questo tipo di formazione.

Sul versante formativo, l'ordinamento spagnolo presenta *prima facie* caratteristiche diverse rispetto agli altri sistemi giuridici esaminati, ma, a ben guardare, le differenze sono più apparenti che reali, in quanto nel *contrato en practicas* la formazione ha spazi così ridotti da potersi dubitare della qualificazione di questa fattispecie come contratto formativo. Va ricordato, infatti, che, in tale contratto, la finalità formativa è adempiuta con il mero svolgimento della prestazione di lavoro e la formazione non costituisce un obbligo autonomo dell'imprenditore. Pertanto, il vero contratto formativo è il *contrato para la formación y el aprendizaje*, che prevede una alternanza tra formazione pratica e teorica piuttosto tradizionale e simile a quella che caratterizza i contratti di apprendistato disciplinati negli altri ordinamenti, pur se soggetta a minori controlli da parte dell'autorità amministrativa. Come si può notare, le similitudini della disciplina dell'apprendistato negli ordinamenti presi in considerazione prevalgono sulle differenze, dando luogo ad una sostanziale convergenza, almeno con riferimento ai profili inerenti al binomio giovani-formazione.

#### 8. Prospettive europee: i contenuti di una possibile direttiva sull'apprendistato.

Le analogie fra i Paesi esaminati, che sono fra i più importanti dell'Unione europea, fanno apparire realistica la possibilità di prevedere una fattispecie europea di apprendistato. L'idea è quella di una direttiva che potrebbe andare a completare il quadro regolativo dei lavori flessibili, dopo le direttive sul *part-time*, sul lavoro a tempo determinato e sul lavoro tramite agenzia<sup>333</sup>. Penso ad una disciplina che possa toccare i punti fondamentali dell'apprendistato, quali, ad esempio, la formazione (interna ed esterna), la prevenzione degli abusi di questo contratto e la parità di trattamento degli apprendisti rispetto agli altri lavoratori dell'impresa. Con riferimento a quest'ultimo profilo, la parità di trattamento dovrebbe riguardare i diritti che non hanno "natura retributiva", in quanto spesso l'incentivazione dell'apprendistato, come si è visto, è incentrata su una remunerazione ridotta, anche perché la prestazione resa da chi è in formazione può essere oggettivamente inferiore rispetto a quella di un lavoratore già formato. La disciplina di questi (e di altri)

<sup>333</sup> Rispettivamente, Dir. 97/81, 99/70 e 2008/104/CE.

profili potrebbe avvenire, in coerenza con quanto affermato dai recenti orientamenti in tema di politiche occupazionali, assegnando uno spazio importante alle parti sociali.

Potrebbero essere invece esclusi dalla direttiva aspetti, quali l'età minima e massima, e la durata del contratto, in quanto più strettamente legati ai contesti nazionali. Inoltre, non è necessario nemmeno che la nuova regolamentazione europea intervenga sull'intreccio fra incentivi economici e disciplina degli aiuti di Stato. A tal proposito, i punti delicati, come è emerso da quanto fin qui detto, sono la differenziazione rispetto alle misure generali e la riconducibilità degli aiuti al Regolamento n. 800/2008, ma si tratta di aspetti già disciplinati dalla regolamentazione vigente. In particolare, con riferimento agli aiuti di stato, ovvero agli incentivi economici selettivi, le alternative per gli Stati membri sono due: la notifica in tempo utile alla Commissione, oppure la riconduzione dei benefici alla disciplina delle diverse categorie di aiuti di cui al Regolamento di esenzione. Nondimeno, entrambe queste strade presentano alcune rigidità. La notifica dà luogo ad un "rallentamento procedurale" nell'erogazione, perché ogni Stato, prima di prevedere l'incentivo, deve darne comunicazione alla Commissione, che effettua il controllo di conformità alle norme del Trattato, rallentamento in parte compensato dal minor rischio di incorrere successivamente in condanne da parte della Commissione stessa e della Corte di giustizia. La strada dell'esenzione, invece, impone una scelta preventiva dei benefici economici da accordare, in quanto si tratta di optare per le categorie di aiuti selettivi riconducibili alle previsioni del regolamento di esenzione, come gli aiuti a favore delle piccole e medie imprese, gli aiuti all'occupazione, gli aiuti alla formazione, ecc. Questo secondo percorso presenta, poi, una difficoltà ulteriore, poiché, nel caso dell'apprendistato, gli incentivi economici più comunemente adoperati sono ricollegabili a varie classi di aiuti, cosicché non è sempre facile "scomporli" e ricondurli in maniera netta ad una soltanto delle categorie indicate nel regolamento. Comunque, non c'è alternativa a seguire uno dei due percorsi indicati, a meno che non si voglia incentivare l'apprendistato ricorrendo soltanto a misure generali, la cui erogazione non è soggetta a particolari formalità. Strada, questa, invero - come si è visto nelle pagine che precedono - evitata da quasi tutti i Paesi considerati, le cui discipline si caratterizzano per la diffusione, accanto ai benefici economici generalizzati, proprio di ulteriori misure incentivanti, limitate ad una fascia d'età (i giovani definiti in maniera più o meno differente nei vari ordinamenti), ad alcuni settori (come, ad esempio, l'artigianato) e/o ad imprese di determinate dimensioni (spesso medie o medio-piccole), misure che risultano dunque selettive. D'altronde, non potrebbe essere altrimenti, visto che l'apprendistato - in considerazione delle caratteristiche di contratto che coniuga quasi sempre lavoro e attività formativa - si rivela particolarmente adatto a categorie di lavoratori, ad imprese e a settori specifici.

## L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali\*

Alessandro Garilli

1. La cornice.	109
2. "Contrattazione collettiva di prossimità" e "specifiche intese".	111
3. I soggetti sindacali.	112
4. Il problema dell'efficacia erga omnes dell'accordo aziendale.	113
5. Rappresentatività e autonomia sindacale.	114
6. I vincoli alla struttura della contrattazione collettiva e il regime delle deroghe.	115

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 139/2012

## 1. La cornice.

L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 è il prodotto di un governo la cui attività è stata contrassegnata da una forte discontinuità rispetto alla precedente evoluzione del diritto del lavoro e delle relazioni sindacali. La complessa e tortuosa disposizione infatti si inserisce in un processo di revisione della materia, le cui linee portanti sono tracciate nel Libro bianco sul mercato del lavoro dell'ottobre del 2001<sup>334</sup> e, prima ancora, nelle sollecitazioni espresse da una parte della dottrina lavoristica a correggere, con ricette invero assai diverse, il dualismo (o, per dirla con Giugni, lo strabismo) del diritto del lavoro assecondato (secondo alcuni) da una consistente frangia del sindacalismo confederale<sup>335</sup>.

Il Libro bianco in particolare intendeva offrire una risposta in chiave liberista allo stallo delle politiche del lavoro socialdemocratiche dei governi di centro sinistra, che non avevano risolto il grande problema italiano della disoccupazione giovanil-femminile e non erano efficacemente intervenute per rendere competitive le imprese italiane in difficoltà in un sistema economico globalizzato. Si proponevano, com'è noto, interventi a tutto campo per una riforma del diritto del lavoro improntata alla flessibilità nel mercato e nel rapporto, da perseguire attraverso l'attenuazione del principio cardine della norma di legge inderogabile e la valorizzazione del contratto individuale e della contrattazione collettiva di secondo livello. La protezione del lavoratore avrebbe dovuto trasferirsi dal contratto al mercato del lavoro: qui riformandosi i servizi per l'impiego, e introducendo nuove politiche attive e più incisivi ed equilibrati ammortizzatori sociali. Già allora si disse che il progetto, se attuato, e soprattutto se privo dell'ombrello protettivo del *welfare*, avrebbe comportato una flessibilità selvaggia senza sicurezza e una vera e propria destrutturazione del diritto del lavoro e dei suoi sottosistemi: da quello protettivo legale, alla tutela giurisdizionale dei diritti, e alle relazioni sindacali<sup>336</sup>. E ciò è avvenuto con i provvedimenti legislativi ispirati appunto al Libro bianco: la legge delega n. 30 del 2003<sup>337</sup> e il conseguente d. lgs. n. 276 del 2003, la legge n. 183 del 2010 e, oggi, l'art. 8 in commento.

Per contro, è mancato qualsivoglia tentativo (pur annunciato con reiterate leggi delega) di riformare gli incentivi all'occupazione e gli ammortizzatori sociali<sup>338</sup>. Cosicché il nuovo modello (almeno tale è nell'intenzione dei proponenti) risulta assai squilibrato, perché tutto incentrato sul fronte della flessibilità-precarietà e della riduzione dei costi normativi ed economici dell'impresa.

<sup>334</sup> Cfr. F. CARINCI e M. MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, Milano, 2002.

<sup>335</sup> Cfr., P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato: per un diritto del lavoro maggiorenne*, Milano, 1996; M. BIAGI, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di Lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, p. 257 ss.; M. TIRABOSCHI, *Riforma Biagi e strategia europea per la occupazione*, in *Dir. lav.*, 2003, p. 855 ss.

<sup>336</sup> L. MARIUCCI, *Mercato del lavoro: alcune risposte a molti interrogativi I molti dubbi sulla c.d. riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 2004, p. 7 ss.; M. ROCCELLA, *Una politica del lavoro a doppio fondo: rapporti di lavoro e relazioni sindacali nella XIV legislatura*, *ivi*, 2004, p. 43 ss.; F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo. Introduzione*, in F. CARINCI (coordinato da) *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, vol. I, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, a cura di M. MISCIONE e M. RICCI, Milano.

<sup>337</sup> Cfr. A. BELLAVISTA, *Alcune osservazioni sulla legge n.30/2003*, in *Lav. giur.*, 2003, n. 8, p. 705 ss.

<sup>338</sup> Cfr. M. MISCIONE, *Gli ammortizzatori sociali per l'occupabilità*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 695 ss.

Al centro di questo progetto è posta la norma inderogabile<sup>339</sup>, al cui sradicamento sono dedicati i citati interventi legislativi, che si snodano senza soluzione di continuità lungo un percorso che prende avvio dal tentativo di introdurre una forma di autonomia individuale assistita (dalla c.d. certificazione) con la quale consentire al singolo atti di disposizione del tipo e di derogare alla disciplina legale, aggredisce poi l'asse norma inderogabile-giudice, valorizzando l'arbitrato di equità e alleggerendo il peso delle sanzioni nelle ipotesi di conversione del tipo, e infine rompe l'equilibrio tra garantismo individuale e garantismo collettivo consentendo alla c.d. contrattazione collettiva di prossimità di derogare in peggio a gran parte della disciplina legale protettiva del lavoratore.

Per quanto detto, l'art. 8 della legge n. 148 del 2011 non è il frutto estemporaneo della crisi finanziaria che attanaglia l'Europa comunitaria, un atto imposto dai tecnocrati a cui sono in mano le sorti dell'euro<sup>340</sup>. Si tratta invece di una ponderata scelta di politica del diritto condotta con metodo decisionista, e con assenza anche di quella forma blanda di dialogo sociale che il governo aveva in precedenza adottato quale alternativa alla concertazione. Questa volta infatti l'obiettivo è centrato con un provvedimento che autoritativamente intende incidere sull'autonomia sindacale individuando attori, livelli e funzioni della contrattazione collettiva. Un intervento a gamba tesa che si spinge ben oltre quanto indicato nel Libro bianco, il quale, pur auspicando un ruolo centrale della contrattazione di secondo livello, aveva avuto l'accortezza di precisare che la materia delle relazioni sindacali doveva comunque restare affidata al confronto tra le parti sociali. Ma, sull'esigenza di una attenta e riflessiva valutazione intorno a una materia tanto delicata, hanno prevalso la prossimità di un'avvertita crisi politica, l'intento di rompere il rinnovato patto di azione tra le tre confederazioni in materia di rappresentatività sindacale e di efficacia del contratto aziendale faticosamente raggiunto con l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011<sup>341</sup>, e di risolvere nel contempo *ex post* il caso Fiat<sup>342</sup>. È venuto alla luce un testo tanto ambizioso quanto incerto nella sua formulazione, comportante per di più numerosi e fondati problemi di legittimità costituzionale.

Le osservazioni che seguono saranno incentrate sui rapporti tra l'art. 8 e le regole sulla rappresentanza e sui rapporti tra livelli di contrattazione previste dall'ordinamento intersindacale, nell'intendimento, fin dove è possibile, di trovare soluzioni che evitino la rottura del sistema delle

<sup>339</sup> Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976; C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema nel diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 341 ss.; M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Milano, 2009.

<sup>340</sup> Cfr. A. PERULLI e V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 132/2011, sul punto p. 6 ss.

<sup>341</sup> Cfr. F. CARINCI, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 125/2011; F. SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, *ivi*, n. 127/2011; M. MISCIONE, *Regole certe su rappresentanze sindacali e contrattazione collettiva con l'Accordo interconfederale 28 giugno 2011*, in *Lav. giur.*, 2011, n. 7, p. 653.

<sup>342</sup> Cfr. F. LISO, *Appunti sui alcuni profili giuridici delle recenti vicende Fiat*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2011, p. 331 ss.; V. BAVARO, *Rassegna giuridico-sindacale sulla vertenza Fiat e le relazioni industriali in Italia*, *ivi*, 2011, p. 313 ss.; L. MARIUCCI, *Back to the future: il caso Fiat tra anticipazione del futuro e ritorno al passato*, in *Lav. Dir.*, 2011, p. 239 ss.; A. LASSANDARI, *Il caso Fiat: una crisi di sistema? - La contrattazione collettiva: prove di de-costruzione di un sistema*, *ivi*, 2011, p. 321 ss.; F. CARINCI, *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, p. 22 ss.

relazioni sindacali, fin qui governato centralmente dal sindacalismo confederale (sia pure con ondeggiamenti e tensioni). L'analisi non si soffermerà sulle discipline legislative oggetto di deroga, per le quali si formuleranno poche osservazioni di carattere generale.

## 2. "Contrattazione collettiva di prossimità" e "specifiche intese".

L'articolo si compone di cinque commi; di questi i primi tre sono tra loro correlati e hanno carattere di disposizioni generali, mentre gli ultimi due rispondono ad esigenze contingenti, rivolti come sono ad estendere l'efficacia dei contratti aziendali stipulati dalla Fiat e a predeterminare l'area di applicazione del contratto di categoria del settore ferroviario sì da estenderlo agli operatori privati<sup>343</sup>.

Il testo della legge presenta notevoli integrazioni rispetto al decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, cosicché il raffronto può fornire utili elementi di interpretazione.

La *ratio* è sempre quella della flessibilizzazione normativa dei rapporti di lavoro, che qui viene perseguita attribuendo alla trattazione collettiva aziendale o territoriale - definita "di prossimità" per sottolinearne la sua maggiore rispondenza agli interessi delle parti - la facoltà di derogare in peggio non solo alla disciplina contenuta nella trattazione nazionale di categoria, ma anche (e soprattutto) a quella legale di tutela del lavoratore con rinvio ad una vastissima gamma di materie peraltro elencate con una certa approssimazione. Questa particolare funzione - finora assegnata all'autonomia contrattuale collettiva con parsimonia e con rispetto delle regole endogene in ordine ai rapporti tra livelli di trattazione<sup>344</sup> - è, secondo la lettera della norma, conferita non a tutta la trattazione collettiva di prossimità, ma a "specifiche intese con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati", finalizzate "alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività". Da ciò conseguirebbe che l'efficacia *erga omnes* non è estesa a tutta la trattazione di secondo livello, ma solo a quella (o a quella parte del contratto collettivo: le specifiche intese appunto) che intenda conseguire gli obiettivi indicati dal legislatore.

Tuttavia la vaghezza del catalogo rende la questione di fatto irrilevante ed avvalorata l'opinione di chi ritiene la disposizione alla stregua di una delega in bianco che potenzialmente può destrutturare l'intero impianto del diritto del lavoro, frammentandone la disciplina a seconda delle convenienze territoriali e aziendali<sup>345</sup>. Dunque, in considerazione dello scarso rilievo che assume l'elencazione degli obiettivi, si deve ritenere che anche gli accordi non finalizzati dovrebbero essere dotati di efficacia generale. Altrimenti si avrebbero due diverse tipologie di contratti aziendali:

<sup>343</sup> Cfr. F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 133/2011, p. 1 ss.

<sup>344</sup> Cfr. A. PERULLI e V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, cit., p. 21 ss.

<sup>345</sup> Cfr. F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., p. 15. *Contra*, per l'opinione secondo cui l'elenco delle materie e delle finalità sarebbe tassativo, A. PERULLI e V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, cit., p. 32; E. ALES, *Dal "caso Fiat" al "caso Italia". Il diritto del lavoro di prossimità, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 134/2011, p. 20.

uno per così dire funzionalizzato agli obiettivi genericamente indicati nel testo della norma con efficacia *erga omnes* e l'altro operante secondo le regole del diritto privato dei contratti<sup>346</sup>. Ma ciò, a parte ogni considerazione sulla ragionevolezza della distinzione, determinerebbe notevoli difficoltà applicative rendendo il giudice arbitro della soluzione.

### 3. I soggetti sindacali.

Va detto che il comma 2 *bis* dell'art. 8, il quale autorizza la contrattazione di prossimità a derogare "alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 e alle relative regolamentazioni contenute nei contratti nazionali di lavoro, è stato aggiunto in sede di conversione del d. l. n. 138 del 2011. Quest'ultimo, non contenendo la deroga espressa (in peggio) lasciava adito al dubbio se la disposizione si limitasse al conferimento dell'efficacia *erga omnes* della disciplina inerente le materie indicate senza interferire sulla gerarchia delle fonti e sui rapporti tra i livelli di contrattazione. Al più si poteva attribuire al contratto collettivo una funzione integrativa delle fattispecie legali.

Efficacia generale e potere derogatorio vengono dalla legge condizionati al requisito della sottoscrizione dei contratti di prossimità da parte di "associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda". La rappresentatività misurata a livello territoriale costituisce un *unicum*: infatti in precedenza la legge, anche quando ha consentito alla contrattazione di secondo livello deroghe e integrazioni alla sua disciplina, ha sempre rinviato alla maggiore rappresentatività (o alla rappresentatività comparata) con riferimento all'ambito nazionale. Peraltro tale criterio non era previsto nel decreto legge, e sembra sia stato inserito per accontentare le pretese della Lega nord che così intendeva valorizzare il proprio assai esiguo sindacato<sup>347</sup>. Tuttavia l'innovazione suscita forti perplessità in quanto resta indeterminato l'ambito territoriale di riferimento (la regione la provincia il comprensorio il comune?), legittimando organizzazioni sindacali corporative con rappresentatività dubbia e circoscritta<sup>348</sup>. Inoltre nulla è detto riguardo alla rappresentatività delle associazioni datoriali: cosicché potrebbero verificarsi distorsioni alla concorrenza tra le imprese tutte le volte in cui un'associazione imprenditoriale rappresentativa di micro categorie e operante in zone territoriali ristrette, sottoscrive accordi comportanti notevoli economie a seguito di modifiche all'organizzazione del lavoro e della produzione, ottenute grazie all'abbassamento delle tutele assicurate dalla disciplina generale contenuta nella legge e nei contratti collettivi nazionali<sup>349</sup>.

<sup>346</sup> Cfr. T. TREU, *L'accordo 28 giugno 2011 e oltre*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, p. 635; F. SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, cit., p. 15 ss., secondo cui, almeno con riferimento al comma 3 dell'art. 8, "dovrebbe ritenersi che i contratti aziendali raggiunti in realtà nelle quali, magari perché non vi era alcun dissenso tra i soggetti sindacali presenti in azienda, non siano stati sottoposti a referendum, abbiano (per implicita conseguenza della norma, letta a contrario) efficacia limitata ai lavoratori iscritti alle associazioni stipulanti: così legittimando *ex post* eventuali fughe individuali dalle decisioni sindacali di gestione dell'impresa che, sino ad oggi, la giurisprudenza prevalente non sembrava voler premiare.

<sup>347</sup> Cfr. T. TREU, *L'accordo 28 giugno 2011 e oltre*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, p. 635; R. ROMEI, *Qualche spunto di riflessione sull'art. 8 della manovra d'agosto*, in *Nel merito.com*, 16 settembre 2011.

<sup>348</sup> Cfr. A. MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'art. 8, d.l. 13 agosto 2011, n. 138*, in *Cuore&Critica.it*.

<sup>349</sup> F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., p. 28 ss.

Con riguardo agli accordi territoriali si pone poi un dubbio, che nasce dall'infelice formulazione della disposizione. In sede di conversione, infatti, è stata aggiunta un'ulteriore condizione, affinché le "intese" possano spiegare efficacia *erga omnes*, e cioè che esse siano "sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali". Non è chiaro se quest'inciso valga soltanto per gli accordi aziendali, per i quali nella prima parte del testo non vi è alcuna indicazione del principio maggioritario posto nei confronti delle rappresentanze sindacali, o concerna anche i contratti territoriali. La seconda interpretazione appare preferibile in quanto consente, almeno sul fronte della rappresentatività delle organizzazioni sindacali dei lavoratori, di superare i rilievi sopra formulati. Ne conseguirebbe che anche i contratti collettivi territoriali, per acquistare efficacia generale nei confronti dei lavoratori in azienda, debbano essere sottoscritti dalle rappresentanze sindacali aziendali. In questo modo, peraltro, sarebbe possibile aggirare l'ostacolo frapposto all'efficacia *erga omnes* dei contratti territoriali dall'art. 39, comma 4, della Costituzione, da molti osservatori ritenuto invalicabile<sup>350</sup>.

#### 4. Il problema dell'efficacia *erga omnes* dell'accordo aziendale.

Altri dubbi però coinvolgono il comma 1 dell'art. 39, in quanto la legge sembra intervenire a gamba tesa sull'intero assetto del sistema delle relazioni sindacali.

In primo luogo viene in rilievo, da altra angolazione, la stessa attribuzione di efficacia *erga omnes* ai contratti aziendali.

A tale riguardo occorre ricordare che l'art. 39, comma 1, non tutela solo la libertà dei singoli di associarsi sindacalmente, ma anche l'autonomia organizzativa e negoziale del sindacato. Sotto il primo profilo rileva la libertà del sindacato di determinare i fini della propria azione e le forme della propria organizzazione; sotto il secondo la libertà di individuare soggetti oggetto e rapporti tra i livelli della contrattazione<sup>351</sup>. Questa così ampia sfera di libertà riconosciuta al singolo e al sindacato non può essere limitata dallo Stato se non entro la cornice delineata dallo stesso art. 39 Cost., che, nella sua seconda parte, individua un complesso meccanismo tecnico-giuridico per conferire ai "contratti collettivi di lavoro... efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce"<sup>352</sup>.

Sulla base di questa ricostruzione del precetto costituzionale – secondo cui l'art. 39 pone al comma 1 un principio generale e al comma 4 una ben precisa eccezione – il procedimento di cui al comma 4 riguarda anche il contratto aziendale perché altrimenti anche in questo caso verrebbe limitata illegittimamente la libertà sindacale, imponendo al singolo iscritto al sindacato dissenziente, e a quest'ultimo, di subire gli effetti del contratto collettivo (aziendale) separato. Del resto, il termine "categorie", utilizzato da un costituente ancora influenzato dal corporativismo, può assumere il significato generico di area di applicazione del contratto collettivo, se si considera che la categoria, in regime di libertà sindacale, è entità variabile con funzione meramente descrittiva:

<sup>350</sup> Sul possibile contrasto con la seconda parte dell'art. 39, cfr. G. FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 129/2011, p. 31 ss. *Contra*, A. MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'art. 8, d.l. 13 agosto 2011, n. 138*, cit., p. 2, secondo cui il quarto comma dell'art. 39 non sarebbe violato, riguardando solo il procedimento per estendere l'efficacia del contratto collettivo di categoria. Nello stesso senso E. ALES, *Dal "caso Fiat" al "caso Italia". Il diritto del lavoro di prossimità, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, cit., p. 26.

<sup>351</sup> Cfr., per tutti, G. GIUGNI, voce *Libertà sindacale*, in *Dig. disc. priv.*, Utet Torino, 1993.

<sup>352</sup> Cfr. M. RUSCIANO, *L'art. 8 è contro la Costituzione*, in *eguaglianza e libertà*, 9 settembre 2011.

essa potrebbe dunque essere intesa come gruppo dei lavoratori a cui il contratto si riferisce. La giurisprudenza della Cassazione, pur giustificando la tendenziale efficacia soggettiva generale dei contratti aziendali – che comporta la sua estensione ai non iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti – tuttavia precisa che tale efficacia debba essere “conciliata, da un lato, con il limite invalicabile del principio fondamentale di libertà - di organizzazione e attività - sindacale (di cui al primo comma dello stesso art. 39 Cost.) e, dall’altro, collocata nel nostro sistema giuridico... che resta fondato, esclusivamente, su principi privatistici e... sulla rappresentanza negoziale... delle organizzazioni sindacali”<sup>353</sup>. Pertanto viene affermato che il contratto aziendale non possa essere esteso ai lavoratori che, “aderendo ad una organizzazione sindacale diversa da quella che ha stipulato l’accordo aziendale, ne condividano l’esplicito dissenso”<sup>354</sup>.

Da siffatta ricostruzione del sistema scaturisce l’ambiguità genetica dell’art. 39 Cost., che configura un sindacato soggetto privato operante in virtù del mandato associativo e, al tempo stesso, via via investito di funzioni pubbliche sempre più estese, fino a conferirgli, con l’art. 8 in commento, il potere di derogare alla quasi totalità della disciplina legale protettiva.

L’unica soluzione per uscire da siffatto circolo vizioso si rinviene in quell’autorevole dottrina che, depurando la seconda parte dell’art. 39 Cost. dalle incrostazioni corporative (conferimento della personalità giuridica al sindacato) e dal complesso meccanismo per designare le rappresentanze unitarie, coglie l’essenza del precetto nel principio maggioritario in cui si sustanzia la democrazia sindacale. Si è perciò affermato che “il contratto collettivo... stipulato da sindacati di cui si possa comprovare la maggioranza nel complesso delle forze sindacalmente organizzate” è “generalmente obbligatorio”<sup>355</sup>. La tesi applica le controverse nozioni di effettività e di diritto vivente all’ordinamento sindacale, e comporta il riconoscimento del criterio della maggiore rappresentatività (o della rappresentatività comparata) quale espressione della democrazia rappresentativa (in questo senso cfr. anche la sentenza del Tribunale di Torino del 16 luglio 2011 sul caso Fiat)<sup>356</sup>. Ma si tratta di opinione minoritaria: secondo i più infatti la legge ordinaria, in assenza dell’attuazione (o dell’abrogazione) della seconda parte dell’art. 39 Cost., può dotare di efficacia generale i soli contratti aziendali<sup>357</sup>. I quali, peraltro, secondo la ricordata giurisprudenza della Cassazione, incontrano comunque il limite della libertà sindacale nell’accezione sopra richiamata.

## 5. Rappresentatività e autonomia sindacale.

Anche a voler ritenere superabile la questione dell’efficacia generale degli accordi aziendali, restano da sciogliere due nodi: quello della rappresentatività e l’altro dei rapporti tra contratti collettivi di diverso livello, che assume aspetti particolari in quanto al contratto aziendale è assegnata capacità derogatoria delle discipline contenute nei contratti di categoria e nella legge.

<sup>353</sup> Cass., 28 maggio 2004, n. 10353, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 312, con nota di A. BOLLANI.

<sup>354</sup> Cfr. Cass., 28 maggio 2004, n. 10353, cit.; Cass. 24 febbraio 1990, n. 1403, in *Riv. giur. lav.*, 1991, II, p. 504; App. Brescia, 7 marzo 2009, in *Foro it.*, 2010, I, c. 623.

<sup>355</sup> Cfr. G. PERA, *Diritto del lavoro*, Padova, 2003, p. 158 ss.; ma già ID., *Contratto collettivo e lavoratori non iscritti al sindacato*, in *Il contratto collettivo di lavoro. Atti del III Congresso Nazionale dell’Aidlass di Pescara-Teramo dell’1-4 giugno 1967*, Milano 1968, p. 349-357.

<sup>356</sup> Trib. Torino, 16 luglio 2011, est. Ciocchetti, in *Boll. Adapt*, 19 settembre 2011, n. 30.

<sup>357</sup> Cfr., per una ricostruzione del dibattito, F. LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, *Relazione alle Giornate di studio Aidlass di Copanello del 24 e 25 giugno 2011 su “Le relazioni sindacali nell’impresa”*.

Sotto il primo profilo, si pone il problema se la legge possa individuare criteri di accertamento della maggiore rappresentatività diversi rispetto a quelli concordati tra le parti. Una lettura dell'art. 8 in questo senso violerebbe il principio di cui al comma 1 dell'art. 39. Tuttavia la disposizione consente un'interpretazione coerente con tale principio. Infatti, essa fa rinvio agli "accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011". Ed il rinvio deve essere inteso in senso dinamico così da rispettare anche le future scelte contrattuali in materia. Anche a volere ritenere legittimo il conferimento di efficacia *erga omnes* ai contratti aziendali e disattendere l'orientamento della Cassazione, si dovrebbe comunque reputare che la legge rinvii ai soggetti e alle procedure oggi indicati dal citato accordo interconfederale. Il quale propone un metodo duale, considerando "efficaci per tutto il personale", e vincolanti per "le associazioni firmatarie del presente accordo interconfederale operanti all'interno dell'azienda", gli accordi "approvati dalla maggioranza dei componenti delle rappresentanze sindacali unitarie elette secondo le regole interconfederali vigenti" o "dalle rappresentanze sindacali aziendali che, singolarmente o insieme ad altre, risultino destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori dell'azienda nell'anno precedente a quello in cui avviene la stipulazione". Ma - a sottolineare la preferenza accordata dalle parti alle RSU - in quest'ultimo caso si introduce il possibile ricorso al *referendum* confermativo "a seguito di richiesta, avanzata entro dieci giorni dalla conclusione del contratto, da almeno un'organizzazione firmataria del presente accordo o almeno dal 30 per cento dei lavoratori dell'impresa. Per la validità della consultazione è necessaria la partecipazione del 50 per cento più uno degli aventi diritto al voto". Alla luce di quanto fin qui detto, pur nel silenzio della legge, si deve ritenere che la verifica della rappresentatività, affidata al *referendum* in caso di sottoscrizione delle RSA, debba comunque trovare applicazione. Con la conseguenza che, se "l'intesa è respinta con il voto espresso dalla maggioranza semplice dei votanti", questa non potrà spiegare efficacia *erga omnes* e assumere funzione derogatoria.

Va peraltro osservato che il comma 3, rivolto a "sanare" retroattivamente gli accordi separati di recente stipulati dalla Fiat, già oggetto di sentenze contrastanti sull'ambito della loro efficacia, richiede per estenderne l'applicazione anche ai lavoratori iscritti al sindacato dissenziente, che essi siano stati approvati "con votazione a maggioranza dei lavoratori", senza peraltro richiamare il criterio della necessaria sottoscrizione da parte delle rappresentanze sindacali maggioritarie. Va segnalata l'incoerenza del legislatore che qui attribuisce una funzione salvifica al *referendum*, mentre nella disciplina generale non menziona l'istituto<sup>358</sup>. È evidente illegittimità costituzionale di tale comma per violazione dei principi di irretroattività e di eguaglianza<sup>359</sup>.

## 6. I vincoli alla struttura della contrattazione collettiva e il regime delle deroghe.

Più arduo è il discorso intorno alla vincolatività delle norme contrattuali che stabiliscono i rapporti e i contenuti dei vari livelli, poiché la legge, nel sancire il primato della contrattazione collettiva di

<sup>358</sup> Cfr. F. SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, cit., p. 15 ss.; A. PERULLI e V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, cit., p. 45 ss.

<sup>359</sup> Cfr., per una diversa impostazione della questione, F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., p. 43 ss.

prossimità, intende prescindere da condizionamenti introdotti dalle parti sociali. Anche su tale aspetto le opinioni sono contrastanti.

Una tesi largamente accreditata sostiene che i vincoli di carattere interno posti dalla clausola di rinvio hanno natura obbligatoria, rendendo quindi impossibile considerare invalidi gli eventuali accordi aziendali stipulati in loro violazione<sup>360</sup>. La giurisprudenza però non offre soluzioni univoche. Essa, nella maggioranza dei casi, ha eluso il problema, in quanto ha esaminato la questione sotto il diverso profilo della non applicabilità dell'art. 2077 c.c. ai rapporti tra contratti di diverso livello; ha inoltre negato che sia possibile rinvenire un rapporto di gerarchia tra i livelli, asserendo che le ipotesi di concorso conflitto vadano risolte alla luce del criterio della posterità nel tempo, talvolta temperato dalla prevalenza attribuita alla disciplina che presenta carattere di specialità<sup>361</sup>.

Tuttavia non mancano sentenze che risolvono il conflitto tra le norme contrattuali alla stregua del "collegamento funzionale che le associazioni sindacali pongono tra i vari gradi o livelli della struttura organizzativa o della corrispondente attività"<sup>362</sup>, sulla base del "fondamentale principio della libertà associativa"<sup>363</sup>.

Nel nostro caso è dunque ancora una volta l'art. 39, comma 1, della Costituzione ad essere in discussione: la legge infatti interviene direttamente sulla struttura contrattuale, consentendo al contratto aziendale, dotato di efficacia generale, di introdurre deroghe alle disposizioni di legge e alla contrattazione di primo livello.

Il contrasto con quanto previsto dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 è palese. Questo infatti assegna al contratto collettivo nazionale "la funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale", e configura poi una forma di coordinamento gerarchico tra il primo e il secondo livello prevedendo che "la contrattazione collettiva aziendale si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria o dalla legge". Dove quest'ultimo richiamo non può certo essere utilizzato per avallare quella "cambiale in bianco" girata dall'art. 8 al contratto territoriale e aziendale, che permette ad essi di derogare in peggio, senza alcun limite, alla disciplina protettiva contenuta in norme di legge<sup>364</sup>. Con un impatto destrutturante non solo dell'intero sistema di contrattazione, ma anche dell'assetto delle fonti – rovesciando il tradizionale equilibrio tra garantismo individuale e garantismo collettivo – e, in ultima analisi, dello stesso principio di indisponibilità del tipo, che presuppone l'inderogabilità della norma<sup>365</sup>.

<sup>360</sup> Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 487 ss., sul punto p. 505 ss.

<sup>361</sup> Cfr., ad es., Cass., 11 luglio 2005, n. 14511, in *Dir. rel. ind.*, 2006, p. 454 con nota di LAZZATI; Cass., 12 luglio 1986, n. 4517, in *Foro it.*, 1987, I, c. 512.

<sup>362</sup> Cfr. Cass., 26 maggio 2008, n. 13544, in *Orient. giur. lav.*, 2009, p. 40 ss.

<sup>363</sup> Cfr. Cass., 4 febbraio 1988, n. 1147, in *Notiz. giur. lav.*, 1988, p. 733.

<sup>364</sup> Cfr. F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., p. 70 ss.; M. MAGNANI, *La manovra di Ferragosto e il diritto del lavoro*, in *Cuore&Critica.it*.

<sup>365</sup> *Contra* R. DE LUCA TAMAJO, *Crisi economica e relazioni industriali: prime osservazioni sull'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011*, in *Cuore&Critica.it*, p. 2.

Siffatta legislazione di sostegno alla flessibilità aziendale senza alcuna cornice di tutele generali – tale non essendo per la sua vaghezza il vincolo del rispetto della Costituzione, delle normative comunitarie e delle convenzioni internazionali – si pone in evidente contrasto con l'art. 3 Cost., che garantisce su tutto il territorio dello Stato l'uniformità della disciplina che regola i rapporti tra privati e consente normative differenziate soltanto nei limiti dettati dal principio di ragionevolezza<sup>366</sup>. E qui torna in ballo la giustificazione alle deroghe adottata dal legislatore: perché, come detto, l'aver finalizzato il contratto di prossimità al perseguimento di obiettivi vaghi ed indeterminati non consente alcun controllo sulla ragionevolezza delle scelte operate in sede decentrata<sup>367</sup>. E dimostra l'errore concettuale del legislatore che ha riesumato il vecchio arnese della funzionalizzazione del contratto collettivo nel settore del lavoro privato che ritenevamo da tempo consegnato alla storia giuridica. È una linea che si rinviene anche nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, dove il d. lgs. n. 150 del 2009 impone alla contrattazione integrativa la funzione di assicurare “adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità delle performance” (art. 54). Ma se in questo settore la funzionalizzazione del contratto collettivo può trovare giustificazione (sia pure con forzature) nell'art. 97 Cost., così non è nel settore privato, in cui non è dato rinvenire alcuna disposizione costituzionale che sovraordini interessi pubblici alla libertà sindacale.

Con ciò non si vuole certo affermare che il legislatore ordinario non possa intervenire per perseguire “principi di uniformità” e “vincoli di compatibilità con obiettivi di carattere generale”. Ma deve trattarsi di “situazioni eccezionali e transitorie”, al di fuori delle quali è preclusa qualsiasi limitazione all'autonomia contrattuale<sup>368</sup>. Nel caso dell'art. 8 è palese la carenza dei presupposti legittimanti l'intervento compressivo della libertà sindacale, nelle diverse accezioni, e quindi non resta che auspicare una correzione del testo che lo renda coerente con la Costituzione e più rispettoso dell'assetto pattizio delle relazioni sindacali.

<sup>366</sup> Cfr. A. PERULLI e V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione di Agosto” del Diritto del lavoro*, cit., p. 19 ss. Di incostituzionalità complessiva dovuta alla vistosa alterazione del rapporto legge/contrattazione collettiva parla C. CESTER, *L'art. 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito nella legge 14 settembre 2011, n. 148: verso il tramonto (contrattato) delle tutele?*, in *Atti del Seminario di Bertinoro, “All'inseguimento di un sistema stabile ed effettivo”*, Bologna, 26-27 ottobre 2011. Per l'ipotesi di un contrasto anche con l'art. 117 Cost., per violazione dei limiti dell'ordinamento civile e dell'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni da garantire uniformemente su tutto il territorio nazionale cfr. E. ALES, *Dal “caso Fiat” al “caso Italia”. Il diritto del lavoro di prossimità, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, cit., p. 27. Ritene suscettibile di superare il vaglio di costituzionalità A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *Boll. Adapt*, 3 ottobre 2011, p. 5 ss.; secondo cui la tecnica del legislatore, rivolta a rendere semi-imperativa gran parte della normativa giuslavoristica, con conseguente attenuazione dell'uniformità di trattamento presupposta dalla norma inderogabile, sarebbe finalmente opportuna.

<sup>367</sup> Particolarmente critico in tal senso L. GALLINO, *Come abolire il diritto del lavoro*, in [www.dirittisocialiecittadinanza.org](http://www.dirittisocialiecittadinanza.org).

<sup>368</sup> Cfr. Corte cost. 26 marzo 1991, n. 124, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

**Per un ragionevole, e apparentemente paradossale,  
compromesso sull'art. 18: riformarlo senza cambiarlo\***

Bruno Caruso

1. Premessa. Il dibattito sulla riforma sull'articolo 18 tra simboli e tabù.	119
2. La collocazione sistematica dell'art. 18.	120
3. Riforma dell'art. 18 o riforma della disciplina dei licenziamenti?	120
4. Quattro interventi di manutenzione possibile ad art. 18 invariato.	121
4.1 Primo intervento di manutenzione straordinaria: la causa soggettiva di licenziamento.	121
4.2 Secondo intervento di manutenzione straordinaria. Licenziamento economico individuale.	123
4.3 Intervento di manutenzione ordinaria: i licenziamenti collettivi.	125
4.4 Terzo intervento di manutenzione straordinaria. Il rimedio al licenziamento illegittimo.	125

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 140/2012

### 1. Premessa. Il dibattito sulla riforma sull'articolo 18 tra simboli e tabù.

Il dibattito sui margini di una riforma politicamente sostenibile dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori deve tener conto della storia politico-istituzionale di questa disposizione, e dei relativi simboli che esso evoca. L'art. 18 non è solo un tradizionale tabù nella cultura giuslavoristica italiana<sup>369</sup>, ma anche un punto di riferimento del senso comune popolare di questo paese; contribuisce al suo immaginario collettivo. Nessuna norma è così nota e immediatamente percepita nel suo significato profondo da chi non è un addetto ai lavori. Nessun istituto giuslavoristico buca le pagine dei giornali come l'art. 18. Un motivo ci deve pur essere.

A mio avviso questa popolarità è dovuta a due ragioni profonde: una di attualità e una storica.

La ragione di attualità è connessa al dibattito sul lavoro precario. In Italia, tale concetto<sup>370</sup> è considerato immediatamente oppositivo a quello di lavoro stabile; si collega molto meno alla mancanza di altre tutele sociali, pur importanti: la prospettiva pensionistica, il godimento di un salario equo ecc. La mancanza di quest'ultime sono considerate, al più, come effetti della causa principale che è, appunto, la mancanza di stabilità.

Tale idea di lavoro precario è talmente radicata che, dal senso comune, si trasferisce direttamente al linguaggio giuridico, soprattutto giurisprudenziale: da un campione significativo di motivazioni di sentenze di merito, non solo del giudice del lavoro ma anche amministrativo, e delle alte corti (Cassazione e Corte costituzionale), emerge con assoluta prevalenza l'idea di lavoro precario che hanno i giudici: nella casistica e nelle loro motivazioni si staglia l'idea di precarietà prima indicata; è precario chi non ha un lavoro formalmente stabile; come ci dicono le cronache giornalistiche, in Italia, persino l'insegnante che è andata in pensione, avendo lavorato con continuità per la scuola pubblica con una retribuzione continua e dignitosa e avendo maturato il diritto alla pensione, ma ciò attraverso una sequenza di contratti a termine, di anno in anno rinnovati, raggiunge lo *status* di non precaria soltanto alla vigilia della pensione quando, finalmente, "viene immessa in ruolo".

È un'idea "comune" di lavoro precario che non ha simili nel resto d'Europa. Potrà essere criticabile ma è così.

L'altra ragione che rende l'art. 18 così popolare e ne ha giustificato storiche ed epiche battaglie a difesa, attiene alla sua genesi e all'aurea "morale ed etica" che lo circonda.

L'art. 18 è uno strumento che tenta, riuscendovi solo in parte, di realizzare l'idea che esiste, e deve essere difeso, un diritto del lavoratore alla conservazione del suo "concreto" posto di lavoro.

La norma ci riesce solo in parte perché, nei fatti, la percentuale di effettive reintegrazioni è molto bassa, quasi risibile: l'ordine di reintegra, il più delle volte, si traduce in un risarcimento, ancorché

---

<sup>369</sup> A. Accornero - A. Orioli, L'ultimo tabù, Laterza, Bari, 1999.

<sup>370</sup> Come emerge da una ricerca per la commissione europea in corso di svolgimento, "Study on precarious work and social rights"; ad essa partecipa un'unità di ricerca del dipartimento seminario giuridico dell'università di Catania ed è coordinata dal "Working Lives Research Institute" della London Metropolitan University.

inusitabilmente alto in ragione della durata media del processo e della possibilità di opzione, rimessa soltanto al lavoratore<sup>371</sup>.

L'ordine di reintegrazione, al di là della sua realizzabilità in concreto, possiede, pertanto, un rilevante valore simbolico e, in questo caso, anche "etico"; garantisce i diritti fondamentali del cittadino lavoratore limitando, anche per il futuro, l'arbitrio del datore di lavoro, ma, nel far ciò, garantisce pure i diritti collettivi e gli spazi di libertà, attuali e futuri, che danno sostanza e senso all'azione dell'organizzazione sindacale all'interno dell'azienda.

## 2. La collocazione sistematica dell'art. 18.

L'art. 18 è, infatti, a torto o ragione, considerato, per la sua genesi storica, ma anche per sua collocazione sistematica<sup>372</sup>, norma di impatto sistemico nel diritto del lavoro italiano; una sorta di regolatore del traffico di un complesso di tutele individuali e collettive.

Non si può considerare, dunque, questa disposizione – ed è questo l'errore che molti osservatori "esterni", soprattutto non giuristi, commettono - in maniera avulsa dal suo contesto storico, sistematico e istituzionale.

Questo spiega, non è detto che giustifichi, la difesa "senza se e senza ma" della disposizione non solo da parte della CGIL, che più incarna la memoria storica dello statuto con riguardo alla tutela dei diritti individuali, ma anche dalle altre confederazioni storicamente più attente alla tutela dei diritti di organizzazione. Quando si mette mano alla disposizione come dato avulso dal contesto, senza considerare le interferenze e i nessi, si finisce, pertanto, per destabilizzare l'intero sistema, almeno nella percezione del sindacato.

Si spiega così perché ogni passo indietro da questo regime di tutela - che costituisce una espressione tipica della specialità, a fini di tutela, del diritto del lavoro rispetto al diritto civile - e dalla sua stessa filosofia di fondo, avrebbe costituito (lo scriveva D'Antona citando direttamente Federico Mancini) "una sconfitta per il movimento operaio, ma, ancor di più, una sconfitta per la civiltà giuridica di questo paese".

## 3. Riforma dell'art. 18 o riforma della disciplina dei licenziamenti?

Premesso tutto questo, e considerando - come ci ricordava Kahn Freund<sup>373</sup>, uno dei padri nobili del diritto del lavoro europeo - che la tradizione deve costituire non un vincolo, ma la base da cui partire per ogni rinnovamento sostenibile, va detto che è arrivato il momento che di licenziamenti occorra discutere senza tabù, al di là di ogni conservatorismo e vischiosità culturale. Solo una ponderata riflessione e la disponibilità a un riformismo laborioso e fattivo, può impedire cambiamenti altrimenti drastici e non desiderati: la lezione felliniana di "prova d'orchestra" dovrebbe

---

<sup>371</sup> L'esercizio del diritto d'opzione, per i non addetti ai lavori, implica un di più di risarcimento rispetto a quello già maturato per la mera durata della interruzione dal giorno del licenziamento a quello dell'effettivo reintegro, nel caso in cui il lavoratore rinunci ad essere reintegrato.

<sup>372</sup> Nello statuto dei lavoratori, ove è contenuto, l'art. 18 è inserito, con collocazione che funge tipicamente da "cerniera", a chiusura del titolo II sulla libertà sindacale, e precede l'art. 19 del titolo III, dedicato invece alla concretizzazione sui luoghi di lavoro di tale libertà, vale a dire il titolo dedicato alla tutela della "attività sindacale".

<sup>373</sup> O. Kahn Freund, Le relazioni sindacali: tradizioni e rinnovamento, *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 7. 1980, p. 413 ss.

costituire un monito che molti, finti progressisti ma veri conservatori, dovrebbero tener sempre presente.

Ciò non soltanto perché ce lo chiede l'Europa - e un segnale positivo in tal senso bisogna pur darlo - ma anche perché c'è una oggettiva esigenza di porre mano, con una manutenzione straordinaria, al sistema di tutela contro il licenziamento illegittimo. Un intervento che, tuttavia, non stravolga l'assetto e la posizione baricentrica che l'art. 18 ricopre attualmente.

Credo che a prescindere dall'art. 18, sia venuto il momento di un riequilibrio della regolazione della complessiva materia dei licenziamenti nel senso di un maggiore bilanciamento costituzionale tra diritto al lavoro (a non essere ingiustificatamente licenziati) e libertà di iniziativa economica, anche attraverso la libera decisione imprenditoriale di determinare il *quantum* di lavoro necessario e di non utilizzare più il dipendente manifestamente non collaborativo.

Il problema dell'equilibrio regolativo si pone proprio su questo delicato snodo: se sulla necessità di un ribilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti si può essere d'accordo, molto più problematico si presenta il problema di "come" farlo; come evitare, cioè, che il mettere le mani sull'art. 18 finisca inevitabilmente per squilibrare il sistema di pesi e contrappesi che fa perno su quella norma, con il risultato di eccedere, collocando pesi eccessivi sull'altro piatto della bilancia.

Al di là della *querelle*, un po' stucchevole, se l'attuale regime incentivi o scoraggi gli investimenti internazionali, incentivi o non incentivi la crescita delle imprese (gli stessi dati vengono utilizzati dai sostenitori di tesi opposte), in effetti, l'attuale regime di tutela presenta quattro vischiosità, a mio avviso, superabili senza particolari traumi; lo si può fare rimanendo all'interno dell'orizzonte della attuale regolazione presente nell'art. 18, senza pertanto stravolgerla. La riforma potrebbe essere realizzata ad art. 18 praticamente immutato. Il discorso, in punto di diritto, si inserisce proprio laddove l'analisi economica, contenuta nel convincente articolo di Sebastiano Fadda<sup>374</sup>, consegna il testimone ai giuristi.

#### 4. Quattro interventi di manutenzione possibile ad art. 18 invariato.

##### 4.1 Primo intervento di manutenzione straordinaria: la causa soggettiva di licenziamento.

Per quanto riguarda il motivo soggettivo di licenziamento per ragioni disciplinari o discriminatori, nessuno dubita che l'attuale assetto regga bene; il combinato disposto tra art. 7 dello statuto sui provvedimenti disciplinari, l'apparato legislativo antidiscriminatorio comprensivo della interpretazione giudiziale, la l. 604 e l'art. 18, letto anche attraverso disposizioni di rango costituzionale italiane (art. 4 Cost.) e europee (art. 30 Carta di Nizza), costituisce una adeguata piattaforma protettiva, che si colloca su un livello di protezione di tipo europeo.

In Italia, le cause di licenziamento per ragioni soggettive, gravi e eclatanti, trovano nel processo del lavoro adeguato contenitore di accertamento e nei giudici del lavoro ragionevoli ponderatori delle opposte ragioni. Questi casi di licenziamento (per semplificare, riconducibili alla nozione ontologica di licenziamento disciplinare e discriminatorio, comprensivo del licenziamento per ritorsione, fino al licenziamento per personale antipatia) sono casi di licenziamento, ancorché

---

<sup>374</sup> S. Fadda, Contratto unico e articolo 18: da "parole magiche" a tempi di riflessione, <http://www.nelmerito.com/>. Nella medesima prospettiva M. Leonardi, M. Pallini, Riforma del mercato del lavoro: non c'è solo l'art. 18, *ivi*.

molto delicati, relativamente “facili” da gestire con gli ordinari strumenti processuali (rimane per essi solo il problema generale del rimedio, legato alla durata della causa, di cui *infra*).

Al margine del licenziamento per ragioni soggettive rimane irrisolto, tuttavia, un problema che ritengo più di interpretazione giurisprudenziale che di regolazione legislativa, ma che, proprio perché non governabile attraverso un mutamento endogeno degli indirizzi giurisprudenziali, richiede, con ogni probabilità, un'operazione di *maquillage* normativo.

Faccio riferimento alla situazione per cui in Italia è in pratica impossibile licenziare un lavoratore o una lavoratrice per “scarso rendimento”; non solo chi lavora sotto la soglia del rendimento medio e non raggiunge “l'ordinaria diligenza richiesta dalla prestazione”, ma addirittura anche il fanullone acclarato; il datore di lavoro lo sopporta perché non se la sente di affrontare l'alea, molto alta invero, di una simile causa di licenziamento e cerca di liberarsene alla prima occasione “oggettiva” che glielo consenta; onde, come effetto a cascata, il rigore dei giudici nel controllo anche della causa oggettiva, legata all'organizzazione del lavoro e alla crisi, spesso nel loro immaginario e nella loro pratica, considerato un indebito *escamotage* per licenziare non il lavoratore scomodo, come spesso si dice, ma il lavoratore non produttivo. Il che non si ritiene legittimo né mediante la causale oggettiva, né, tantomeno, mediante quella soggettiva.

Ritengo che tale situazione sia il vero tallone d'Achille, anche culturale, della posizione che difende l'attuale assetto regolativo “senza se e senza ma” (compresi larghi settori della magistratura del lavoro italiana).

Si è in presenza, in questo caso, di una vera e propria rimozione culturale, tipica del paternalismo ideologico, impiantato in un mal inteso principio del *favor* nei confronti del lavoratore subordinato; un retaggio che, se si andasse appena indietro nella storia, ci si accorgerebbe non avere radici proprio nobili.

Ritengo ingiustificata questa rimozione (che discende dalla scarsa popolarità di cui godono, in Italia, concetti e valori come merito, professionalità, competitività, produttività ecc.), propria di un indirizzo giurisprudenziale definibile “lassista”: il legislatore non ha certo espunto il licenziamento per scarso rendimento dalla nozione di giustificato motivo soggettivo. Indirizzo che non si confronta né con una moderna cultura d'impresa, né con un'attenta considerazione della cultura dei doveri e del principio di responsabilità.

L'aver, di fatto, espunto lo “scarso rendimento” dall'area del giustificato motivo soggettivo di licenziamento, rende oltremodo difficile, se non impossibile, all'impresa licenziare un lavoratore poco gradito, non perché “antipatico o rompiscatole”, ma perché non in linea con i propri programmi di incremento di produttività: si tratta di quel caso, si ripete, statisticamente al margine, ma importante nella gestione d'impresa, del dipendente che, pur non rendendosi colpevole di gravissimi inadempimenti, si collochi tuttavia, colpevolmente o oggettivamente, sotto la soglia media della diligenza richiesta, al punto da non essere in linea con gli imperativi della adattabilità e disponibilità che la competizione globale dei mercati sembrano imporre oggi alle aziende, ma neppure con il canone di buon andamento al quale dovrebbe ispirarsi la conduzione della pubblica amministrazione.

I giudici ritengono, invece, che l'impresa – men che mai la pubblica amministrazione dove la cultura e la pratica dell'efficienza non allignano per definizione - non sia solitamente in grado di

provare con fatti concreti (e nella prassi non è facile soddisfare la prova molto rigorosa che i giudici richiedono) il rendimento sotto soglia.

Il lavoratore che non sta antipatico al datore di lavoro, ma che è effettivamente sotto soglia rispetto alla diligenza media richiesta, non troverà in Italia, al contrario che nella maggior parte dei paesi europei, un giudice disposto ad avallarne il licenziamento.

Orbene, su questo punto non mi sentirei di escludere un intervento non sull'art. 18, ma sul suo antefatto sistemico, l'art. 3 della l. n. 604/66, la norma di cui non si parla mai, ma che stabilisce, in realtà, le causali del licenziamento attraverso il ricorso alla famose clausole generali (giusta causa, giustificato motivo soggettivo e giustificato motivo oggettivo, definite in modo ampio dalla legge, proprio per consentire un controllo, altrettanto ampio e accurato, ma non arbitrario, da parte del giudice).

È su questo problema, storicamente al "margine", che in Italia si rischia, come spesso avviene, di provvedere utilizzando un rimedio non proporzionato al problema da risolvere. In altri termini, non serve la riforma integrale dell'art. 18, con la sua parziale o totale neutralizzazione.

Sarebbe sufficiente un intervento di manutenzione straordinaria sulla causale, stabilendo per legge (e vincolando così i giudici) che è considerato giustificato motivo soggettivo legittimo di licenziamento anche il venir meno del rapporto fiduciario per scarso rendimento, verificato con una serie di indicatori, magari compresenti, (ai quali la stessa contrattazione potrebbe far riferimento, specificandoli) ma che sarebbero comunque vincolanti per il giudice: a mero scopo esemplificativo, un tasso medio particolarmente elevato di assenze, anche senza il raggiungimento della soglia di eccessiva morbilità, il non raggiungimento acclarato di ragionevoli obiettivi di *performance* individuali di produttività, la valutazione negativa sul comportamento organizzativo in termini di diligenza, formalizzata e motivata dai diretti superiori, ancorché non integranti infrazioni disciplinari, ecc.

In tal modo, pur rimanendo il controllo del giudice sul procedimento e sulla motivazione, si circoscriverebbe la sua discrezionalità e si introdurrebbe lo scarso rendimento come specifico giustificato motivo soggettivo di licenziamento.

#### 4.2 Secondo intervento di manutenzione straordinaria. Licenziamento economico individuale.

La legittimazione legale del licenziamento soggettivo per scarso rendimento, oltre ad avere un'intrinseca portata positiva, finirebbe per scaricare le tensioni che si cumulano, invece, attualmente sul giustificato motivo oggettivo che, come si diceva, è spesso utilizzato dai datori di lavoro, in assoluta buona fede, per liberarsi del lavoratore non scomodo, ma improduttivo e illicenziabile, allo stato attuale dell'interpretazione giurisprudenziale per scarso rendimento.

Qui il discorso si fa, se possibile, ancor più delicato. È noto agli addetti ai lavori come la giurisprudenza di merito, malgrado il formale adeguamento al canone per cui le scelte aziendali di licenziamento oggettivo non debbano essere controllate nel merito, ma solo nella legittimità, non si limiti nei fatti a questo canone che, solo in teoria, si autoimpone. Il controllo di mera legittimità, sostanzialmente e sinteticamente, dovrebbe limitarsi all'accertamento, nel corso del processo, del nesso di causalità tra la scelta aziendale, effettiva, e non strumentale ad altri scopi, di sopprimere un determinato posto di lavoro e l'individuazione di un determinato lavoratore da licenziare.

Attraverso questo (apparentemente) stretto canale, nel merito delle scelte aziendali, in realtà, i giudici ci entrano e come! E spesso v'entrano "a gamba tesa", pur in mancanza di adeguati strumenti analitici e di conoscenza delle reali dinamiche gestionali d'impresa. Sarebbe lungo spiegare come e perché ai non addetti: basti richiamare quel che si legge comunemente nei repertori; sentenze (i cui autori non sono necessariamente esponenti di MD o seguaci della teoria dell'uso alternativo del diritto, o lettori esperti dei *critical legal studies*) in cui si contesta che la crisi aziendale si possa affrontare con una riduzione del costo del lavoro, specie se attuata tramite il licenziamento di uno o più dipendenti; o sentenze in cui si suggeriscono, tra le righe, misure alternative ai licenziamenti; o, ancora, più nello specifico, che una accurata riorganizzazione avrebbe suggerito il licenziamento dell'autista anziché del magazziniere, o dell'addetto alla produzione anziché ai servizi, o viceversa.

Ma non basta: è ormai compiuta una modifica del diritto positivo vigente per via di diritto giurisprudenziale vivente; ciò attraverso due *topoi* motivazionali i quali, fortemente, riducono, al di là di ogni intenzione espressa del legislatore, una prerogativa datoriale tipica, in un sistema di libertà di organizzazione di impresa; da un lato, l'onere della prova, invero, molto onerosa a cui è sottoposto il datore di lavoro di dimostrare di non potere utilizzare altrove (anche in una società collegata) il lavoratore (il licenziamento come *extrema ratio*, onde il c.d. obbligo di *repêchage*); dall'altro, l'applicazione analogica dei criteri legali di scelta previsti dalla disciplina dei licenziamenti collettivi, ma di cui non si fa alcun cenno nella legge n. 604, men che mai nell'art. 18; interpretazione analogica, per altro particolarmente restrittiva: i criteri di scelta soggettivi (anzianità di servizio e carichi di famiglia), fanno inspiegabilmente aggio, in situazioni di licenziamento per ragioni organizzative (in cui dovrebbe essere preminente la scelta gestionale dell'imprenditore) sulle esigenze tecnico produttive e organizzative; senza, per altro, dimenticare, che la legge sui licenziamenti collettivi considera, tutti i criteri menzionati, almeno equipollenti.

Si tratta di vere e proprie suggestioni, più ancora che forzature interpretative, provenienti soprattutto dalla giurisprudenza di merito, alle quali stenta a porre rimedio la Suprema Corte; si tratta di un dibattito interno alla giurisprudenza, assolutamente aperto e in corso di svolgimento e che, proprio perché tale (e per mancanza della regola del precedente vincolante nel nostro ordinamento), non può certo aiutare a risolvere la situazione di incertezza che quotidianamente tocca le imprese quando decidono di operare licenziamenti individuali o plurimi per giustificato motivo oggettivo (soprattutto quelle medio piccole, che sono non tanto piccole da collocarsi sotto la soglia dei 15 dipendenti, ma neppure molto grandi per ammortizzare facilmente il costo della pronuncia di illegittimità).

Anche in tal caso è opportuno che sia il legislatore a specificare la casistica che rende certo il ricorso al licenziamento per giustificato motivo oggettivo: basterebbe tradurre in chiare norme di legge alcuni recenti *arrêts* della corte di Cassazione, ove si ritiene legittimo il licenziamento "in ipotesi di riassetto dell'azienda attuato in vista di una gestione economica dell'impresa e deciso per far fronte a situazioni sfavorevoli" (Cass. n.23222/2010); quindi anche una crisi di domanda congiunturale che imponga una riduzione di costi (Cass. n. 21282/2006).

E, inoltre, un intervento legislativo in cui si escluda per legge, per i licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo, il ricorso anche analogico ai criteri di scelta previsti dall'art. 5 della l. n. 223/91; e che, infine, escluda, dall'ambito degli oneri probatori addebitabili, la prova puntuale della utilizzabilità altrove del dipendente da licenziare (c.d. *repêchage*).

#### 4.3 Intervento di manutenzione ordinaria: i licenziamenti collettivi.

L'altro veicolo di licenziamento economico in Italia, ma in tutta Europa, è dato dalla disciplina sui licenziamenti collettivi che ne affida la legittimità ad alcuni complessi, ma affrontabili, con un minimo di attenzione, adempimenti procedurali e al coinvolgimento sindacale nella procedura.

Non pare che la legge n. 223/91, di attuazione della direttiva europea, abbia dato cattiva prova di sé. La valutazione è impressionistica, mancando in Italia una tradizione di studi di impatto legislativo.

Per personale esperienza pratica, la legge pecca forse di un eccesso di proceduralizzazione: si potrebbe, per esempio, semplificare la procedura facendo coincidere la fase dell'informazione ai sindacati con l'esame congiunto, in modo da consentire una più oculata valutazione della vicenda economica. E, tuttavia, un certo tasso di proceduralizzazione si rende necessaria per rendere particolarmente ponderata la scelta di ricorrere a un licenziamento che produce rilevanti conseguenze sociali e occupazionali e, possibilmente, ridurne l'impatto. Dove si addensano i problemi maggiori è, tuttavia, ancora sul controllo, a volte esageratamente occhiuto, che i giudici fanno dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare.

La legge, com'è noto agli addetti ai lavori, fissa il principio della prevalenza degli eventuali criteri negoziati con i sindacati (con quali e secondo quali maggioranze resta oggi un mistero, data l'incertezza della attuale nozione di rappresentatività sindacale) rispetto a quelli legali; la legge (art. 5) ritiene assolutamente prevalenti i primi sui secondi; di fronte ai criteri di scelta concordati con i sindacati, il giudice dovrebbe arrestarsi, a meno che non si evinca (caso altamente improbabile) una concertata azione di discriminazione vietata (per razza, genere, orientamento sessuale ecc.).

La giurisprudenza, per altro, dimentica, a volte, che i criteri legali soggettivi, di natura sociale, anzianità e carichi di famiglia, non sono affatto prevalenti sui criteri tecnico produttivi, bensì concorrenti (si applicano in concorso tra di loro e quindi anche a quest'ultimi occorre dare il dovuto rilievo).

Se un'impresa, in mancanza di accordo sindacale, dichiara ragionevoli criteri tecnico- produttivi nell'effettuazione della scelta, come prevalenti rispetto ai criteri soggettivi, il controllo del giudice in tal caso si configurerebbe come indebito controllo di merito, illegittimo perché in contrasto, oltretutto, oggi, con l'art. 30 l. n. 183/2010 (collegato lavoro).

Allo stato dell'arte, nessuno può smentirlo, è come se la giurisprudenza avesse letteralmente cancellato dall'ordinamento giuridico la disposizione che considera equipollenti criteri soggettivi e criteri gestionali.

Mentre è auspicabile una seria operazione d'indirizzo interpretativo da parte della S.C., in questa materia, non paiono necessari interventi di manutenzione straordinaria da parte del legislatore, se non per quei limitati effetti di semplificazione procedurale di cui si diceva.

#### 4.4 Terzo intervento di manutenzione straordinaria. Il rimedio al licenziamento illegittimo.

Così come nei primi due casi (§§ 4.1 e 4.2), anche in materia di rimedi non occorrerebbe intervenire sull'art. 18; in questo caso, oggetto dell'intervento di manutenzione straordinaria dovrebbe essere il contenitore processuale che ne ospita le controversie: il processo del lavoro.

Per le imprese, come molti osservatori hanno messo in luce, il problema del licenziamento è sostanzialmente di prevedibilità di costi, oltre che di sostenibilità degli stessi (la soglia passata la quale conviene tenersi un lavoratore che genera inefficienza che, ad un costo diverso e certo, invece, verrebbe licenziato).

Tale problema – come si diceva all’inizio- prescinde dall’attuale previsione del rimedio della reintegrazione perché nella pratica, la stragrande maggioranza dei casi in cui c’è da rimediare a un licenziamento illegittimo, la tutela si traduce di fatto in un rimedio risarcitorio (se il rapporto fiduciario si è irrimediabilmente incrinato anche il lavoratore ingiustamente licenziato preferisce i soldi).

Considerata la peculiarità del sistema italiano (e cioè l’unicità del rimedio, anziché la discrezionalità nella decisione tra più rimedi lasciata al giudice, che potrebbe ingenerare nuove incertezze), il problema della prevedibilità del costo potrebbe essere affrontato ponendo un limite alla durata delle cause sui licenziamenti; accedendo ad un modello di giudizio rapido (corsia preferenziale ma, data la delicatezza del tipo di controversie, a istruzione piena) la riforma dovrebbe prevedere, come suggerito da più parti, che il giudice debba pronunciarsi entro e non oltre una certa durata (come avviene oggi con il rito abbreviato, ma a istruzione piena, presso i Tar per le cause d’appalto).

Si potrebbe, persino, pensare di rendere obbligatorio il ricorso *per saltum*, eliminando il giudizio di appello e rimettendo alla Cassazione la causa di licenziamento anche per ragioni di merito e non solo di legittimità.

Tre anni per due giudizi, sembrerebbero più che sufficienti, quattro (e sono anche troppi) qualora si prevedesse un ritorno al giudice di merito.

Si tratta, comunque, di tempi che - sebbene ottimisti in ragione dello stato attuale di efficienza della giustizia italiana - esporrebbero l’impresa ad oneri economici eccessivi e spesso insostenibili. È stata ventilata, allora, da De Luca Tamajo, la condivisibile considerazione per cui, qualunque dovesse essere la durata della causa, all’impresa si dovrebbe far carico di un risarcimento non superiore, poniamo, ai 18 mesi/24, che è il risarcimento normalmente previsto come massimo per i dirigenti ai quali si applica la stabilità obbligatoria per contratto. Secondo tale proposta, degli oneri che eccedono tale tetto si dovrebbero far carico fondi gestiti da enti bilaterali e alimentati dalle imprese, giusto il virtuoso modello già sperimentato per la formazione dei lavoratori delle agenzie di somministrazione. All’ente gestore del fondo potrebbero essere attribuite anche funzioni di formazione, riorientamento e ricollocazione dei lavoratori licenziati. Ad alimentare il fondo potrebbe contribuire pure, anche se in parte, lo Stato con funzione socialmente riparatrice della durata del processo oltre il tetto di risarcimento al quale è condannabile l’impresa.

Con questi aggiustamenti, non di lieve portata (si tratta pur sempre di manutenzione straordinaria della materia del licenziamento che, tuttavia, non insistono sull’art. 18 che rimarrebbe immutato nella sua formulazione e non verrebbe preso in considerazione per esclusioni di sorta, soggettive o oggettive) si potrebbe incidere su quegli aspetti di vischiosità che, nella pratica applicazione, la norma presenta e che sono spesso più di contesto legislativo e applicativo, piuttosto che della norma in sé considerata.

A questo punto ci potrebbe rivolgere tranquillamente agli altri problemi che la regolazione del mercato del lavoro impone, togliendo di mezzo il pesante fardello, più simbolico che reale, dell'art. 18.

Sono convinto che oggi la strenua e immobilistica difesa che si fa dell'art. 18 è il modo peggiore per ribadire la sua razionalità materiale e giuridica. Una seria riforma della regolazione del licenziamento è quello su cui un riformismo laborioso e prudente, e non iconoclasta, dovrebbe lavorare.

Chi potrebbe a questo punto negare che, una risposta di altro profilo al problema che l'Europa ci pone, il governo italiano l'avrebbe comunque data?

## La *flexicurity* dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia\*

Lorenzo Zoppoli

1. La <i>flexicurity</i> nell'Unione: breve storia e criticità originarie.	129
2. Europa 2020 e la seconda fase della <i>flexicurity</i> .	130
3. Il ritorno della <i>flexicurity</i> dopo la crisi e le riforme del primo decennio.	131
4. Le tre Europe.	133
5. Implicazioni sulla riforma in corso in Italia: il metodo del dialogo sociale.	133
6. Segue: <i>flexicurity</i> , "posto fisso" e mercati segmentati.	134
7. Segue: i mercati del lavoro transizionali (TLM).	135
8. Segue: la riduzione della tipologia contrattuale.	135
9. Segue: l'apprendistato dopo il testo unico del 2011.	136
10. Segue: la disciplina dei licenziamenti: né "tabù" né "totem".	136
11. Art. 18 stat.lav. e sistema giuridico: tra <i>flexicurity</i> e non regresso.	139
Riferimenti bibliografici.	140

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 141/2012

### 1. La *flexicurity* nell'Unione: breve storia e criticità originarie.

La *flexicurity* viene da lontano (va per i tre lustri di vita: nata alla fine degli anni '90 in Olanda, è emersa in Europa negli anni 2001/2003, grazie al rapporto di Wim Kok, come fusione tra flessibilità e sicurezza; da non trascurare che in fisica la fusione è “una transizione di fase che trasforma un solido in un liquido”) e – soprattutto in un contesto di vertiginosa ascesa del “pensiero unico” neo-liberista - serve molto a mitigare le spinte alla flessibilità (Luciano Gallino, che non la ama, l'ha chiamata “la flessibilità dal volto umano”) con una riabilitazione del termine “sicurezza”, dove però proprio il termine sicurezza subisce notevoli innovazioni di significato (Valdes Dal Re 2011; potrebbe proprio essere l'ambito, non solo semantico, più interessato dal significato “fisico” della fusione).

Nel 2006, con il libro verde della Commissione europea del novembre, “*flexicurity*” diventa una parola chiave (peraltro molto controversa) per “modernizzare” il diritto del lavoro nei paesi dell'Unione. Va però sempre tenuto presente che è la stessa configurazione della “modernizzazione” posta in premessa al libro verde del 2006 della Commissione ad essere controversa, in quanto prefigura un diritto del tutto ancillare rispetto alle esigenze dell'economia e dell'impresa. La funzionalizzazione del diritto del lavoro alle esigenze dell'impresa appare inaccettabile proprio in un percorso di modernizzazione che tenga presente i valori complessivi intorno ai quali è stata edificata l'Unione europea (innervata in Stati nazionali a forte caratterizzazione sociale). Tra l'altro in questa chiave la *flexicurity* che apre il dibattito del 2006 appare segnata da un anacronismo di tipo istituzionale: sembra ignorare i faticosi percorsi attraverso cui l'Unione si sta dotando di una propria Carta costituzionale (o *Bill of Rights*) che contenga anche principi e diritti che vanno oltre le classiche libertà economiche. Non è quindi uno dei momenti più felici per disegnare una strategia complessiva riguardante il profilo della regolazione giuridica del lavoro in Europa. La *flexicurity* in realtà nasce in un circuito più politico che giuridico con la pretesa di incidere su uno dei diritti che sono il fondamento degli stati moderni nell'intera Europa. Se si segue solo questo percorso istituzionale si rischia di ignorarne un altro altrettanto importante, che è quello partito nel dopoguerra in Inghilterra con Lord Beveridge e ha consegnato agli europei un gioiello istituzionale come il Welfare State, di cui si celebrano ancora i fasti, seppure in diverse versioni. E il paradosso è che proprio la *flexicurity* sembra voler proporre come meta ideale uno dei modelli di Welfare meglio riuscito, qual è quello dei paesi scandinavi. Il problema è che se non tutti i paesi europei assomigliano alla Danimarca le ragioni sono di vario genere e non possono esser certo affrontate solo con un progetto globale ma discutibile di “modernizzazione” del diritto del lavoro.

In ogni caso il termine *flexicurity* finisce per aprire un dibattito sulle politiche del diritto da perseguire nei vari Stati in materia di disciplina del lavoro e dei mercati del lavoro, dibattito che raggiunge un primo step con i principi del dicembre 2007, che non sono i medesimi indicati dalla Commissione né all'inizio né nella fase intermedia del giugno 2007 (Comunicazione al Parlamento, Consiglio, Comitato economico e sociale e comitato delle Regioni) e che appare ancora molto aperto. Soprattutto – è bene dirlo subito - uno dei principi comuni (n.5) proposti dalla Commissione nel giugno 2007 viene sensibilmente modificato nel dicembre 2007 (anche a seguito di una risoluzione del Parlamento europeo del novembre 2007: v. tutta la documentazione in Zoppoli L.-Delfino 2008; v. anche Bekker 2011; Auer 2011; Gottardi 2007): il rapporto tra *flexicurity* e disciplina dei licenziamenti. Nei principi del dicembre 2007 non c'è nessun esplicito accenno al fatto che la *flexicurity* debba comportare una modifica del regime del licenziamento (si parla genericamente di flessibilità contrattuale che “deve essere accompagnata da transizioni sicure da

un lavoro all'altro", mentre in precedenza si diceva "una sufficiente libertà di assumere e licenziare").

Né si può trascurare che proprio in quel periodo viene approvata la Carta dei diritti fondamentali dei cittadini europei all'interno del trattato di Lisbona, che entrerà pienamente in vigore dal 2009. Oggi la *flexicurity* deve essere armonizzata con le disposizioni di quella Carta e in particolare con l'art. 30, che testualmente prevede che "ogni lavoratore ha diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato". E la tutela non può che essere una tutela di tipo giudiziario (v. art. 47 della stessa Carta di Nizza; oltre al sempre fondamentale art. 24 Cost.), pur restando impregiudicata la questione dei meccanismi sanzionatori, che ha enormi ripercussioni sistematiche e valoriali (v. Ballestrero 2009; Del Punta 2010).

## 2. Europa 2020 e la seconda fase della *flexicurity*.

Dopo la preistoria e una prima fase applicativa strozzata sul nascere dalla crisi finanziaria del 2007-2008 (su cui si dirà comunque qualcosa infra), oggi siamo alla seconda fase della *flexicurity*, come è stata denominata dalla Comunicazione della Commissione europea del 3 marzo 2010 intitolata Europa 2020 e diretta a sostenere una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. Prima ancora di menzionare la *flexicurity* (p. 18), la Comunicazione della Commissione fissa però gli obiettivi quantitativi da raggiungere, che, per le politiche del lavoro, si concretizzano in un 75% di occupati per i cittadini compresi nella fascia di età 20/64 anni (oggi è al 69%), con particolare attenzione a donne, anziani e migranti.

In ogni caso la seconda fase della *flexicurity* dovrebbe soprattutto comportare una migliore gestione delle "transizioni economiche, la lotta alla disoccupazione e l'aumento della produttività del lavoro". All'interno di una riproposizione di precisi obiettivi quantitativi e di ambiti di intervento alquanto generici, due aspetti importanti possono essere colti. Il primo è il ritorno di una certa enfasi sull'attuazione dei percorsi nazionali di flessicurezza per ridurre la segmentazione dei mercati del lavoro. Ma come superare la segmentazione non si dice, salvo precisare che vanno agevolate le transizioni e un migliore equilibrio tra vita lavorativa e vita privata. Il secondo aspetto, forse quello più innovativo, attiene alle politiche della formazione, rispetto alle quali pure si pongono obiettivi quantitativi e percorsi istituzionali e di forte coinvolgimento delle parti sociali. Insomma in questo quadro la *flexicurity* sembra sempre più diventare uno dei tanti tasselli delle politiche europee, un po' più incerto e sbiadito. Tant'è che mi pare abbia ragione Valdes dal Re, quando rileva che il successo della parola è forse più politico che giuridico-istituzionale.

Un orientamento simile è riscontrabile anche nella Conferenza di alto livello sulla *flexicurity* promossa dalla Commissione europea il 14 novembre 2011. Significativa è l'introduzione del Commissario Andor, che dopo aver ribadito che "*the concept of flexicurity has been based on a notion that robust active labour market policies, lifelong learning investment and modern social security systems can ensure security of employment and income, even if contractual arrangements become more flexible and job transitions more frequent, as required by the rapidly evolving economic context*", afferma "*let me be clear on this. By flexicurity measures, I do not mean relaxation of - in quotation marks - "firing and hiring" rules. And I do not mean either a simple extension of unemployment benefits in time. It is important not to mistake flexicurity for piecemeal or disjointed practices which did not seek to address the four components simultaneously. The question is to understand whether truly integrated flexicurity practices have developed in the EU, which eco-*

*conomic conditions allowed for this, and how they have been governed.... does flexicurity, as conceived in 2007, continue to help Europe address the challenges it faces now and those we expect in the horizon of 2020?"*

E a questa domanda di fondo fanno seguito tutta una serie di altre domande che rimettono in discussione molti dei nodi di fondo della *flexicurity*<sup>375</sup>. Andor poi conclude con questa significativa affermazione, seguita da ulteriori problematiche indicazioni: *"we should discuss whether flexicurity is the only answer. Can it be an all-encompassing solution or does it need to be supplemented by other measures in order to contribute to a higher level and higher quality of employment? Do the current four components need to be expanded with new elements? Does the structure of flexicurity need to be revisited, putting more accent on other policy instruments such as internal flexicurity, taxation or labour mobility? Or should flexicurity be seen only as part of a larger employment policy agenda for the post-crisis era?"*. Insomma a guardarla dall'Europa oggi la *flexicurity* appare, se possibile, ancora più problematica di ieri.

### 3. Il ritorno della *flexicurity* dopo la crisi e le riforme del primo decennio.

Al di là di profondi dubbi e rimediazioni, la *flexicurity* è però tornata assai di moda in Italia da quando sembra avvolgere in un discorso complessivo una delle recenti richieste (o condizioni) della BCE (lettera del 6.8.2011) e del Commissario Olli Rehn. In particolare molti dei mantra vecchi e nuovi della *flexicurity* riecheggiano in alcune delle 39 domande (dalla 17 alla 21) di chiarimento sul documento del governo Berlusconi dell'11 novembre 2011<sup>376</sup>. E certo in un disegno complessivo che ricomprenda anche i contratti di ricollocamento o quello di ricerca di prima occupazione o l'outplacement, anche la revisione della disciplina dei licenziamenti può apparire ragionevole e persino in una certa misura praticabile. Non credo però che la *flexicurity*, soprattutto oggi, possa essere univocamente utilizzata come fonte da cui far derivare una vera e propria necessità di eliminare il controllo giudiziario sui licenziamenti o la reintegrazione prevista dall'art. 18 stat.lav. Anzi allo stato dell'arte una tale interpretazione sarebbe in contrasto con norme sovranazionali europee e internazionali (v. da ultimo Carinci 2012, che rammenta come il 1 luglio 2008 la Corte di Cassazione francese ha ritenuto il *Contrat nouvelles embauches* in contrasto con la convenzione OIL 158 del 1982 in quanto sottratto alla disciplina protettiva prevista per un contratto a tempo indeterminato, cioè l'attivazione di una procedura preventiva e la prova dell'esistenza di *une*

<sup>375</sup> Is it the most effective way to deal with the consequences of economic restructuring, such as for example the recent cases of large lay-offs by Arcelor-Mittal or Nokia? Can flexicurity be the framework to manage our transition to a resource-efficient green economy? And can flexicurity provide the necessary policy response in a context of reduced job creation? Looking ahead, can flexicurity help us achieve productivity increases and become more competitive while preserving our social model? And how can flexicurity help us achieve the 2020 employment target of 75% and create quality jobs? Does flexicurity, as expressed in the Common principles adopted in 2007, continue to be meaningful in an increasingly diverse Europe? Or do we need to tailor the concept even more according to the economic conditions prevailing in different Member States? In fact, does flexicurity still gather sufficient consensus among actors to provide a platform for structural reforms at EU and national level? If we believe that flexicurity is the right approach, how can the development and implementation of flexicurity be best governed? How should cooperation between public authorities and social partners look like? *How can social dialogue be boosted at EU and national levels to help implement flexicurity strategies?*

<sup>376</sup> In particolare la domanda n. 19 dice: "per quanto riguarda le previste "nuove norme di licenziamento per ragioni economiche nei contratti di lavoro a tempo indefinito", interesserebbero la legge che regola licenziamenti individuali o collettivi? Quali parti della legge il governo sta pensando di rivedere o correggere, e in quale modo? In quali modi concreti la nuova legislazione contribuirà ad affrontare la segmentazione del mondo del lavoro tra lavoratori a tempo indefinito protetti e lavoratori precari? E a questo proposito, esistono piani volti a ridurre l'alto numero (46) delle tipologie di contratto di lavoro oggi esistenti?"

*cause réelle et sérieuse* per il recesso, debitamente comunicata e puntualmente soggetta a verifica giudiziaria; ma v. anche la Cass. italiana, sent. 9.5.2007 n. 10549, in RIDL, 2008, II, p. 335 ss.) e ci esporrebbe a boomerang giudiziari.

Neanche mi pare però che oggi la *flexicurity* possa far pensare a grandi reti di nuova sicurezza sociale. Non ci sono i soldi né privati né pubblici. Si tratta allora di interpretare la *flexicurity* in coerenza con le tradizioni dei diversi Stati, come d'altronde è accaduto finora (v. Meardi 2011), e con le limitate possibilità di manovre nazionali su costosi sistemi di sicurezza sociale. D'altronde è questo il senso delle diverse *pathways* delineate dalla stessa Commissione nel 2007 e ribadite da ultimo nella Conferenza di Novembre 2011.

In generale è chiaro che occorre tenere in massimo conto aspettative e convinzioni dei cittadini italiani ed europei, che si aspettano segnali positivi per l'Europa sociale (incisivo al riguardo l'intervento alla conferenza appena citata di Bernadett Segot a nome della CES).

Certo è indiscutibile che in molti paesi europei il timore indotto dalla crisi sta facendo aumentare riforme all'insegna della flessibilità. L'ultima è l'ennesima riforma del mercato del lavoro spagnolo – dove si registra un tasso di disoccupazione di oltre il 22% - approvata nei giorni scorsi (d.l. del 10 febbraio) dal Governo Rajoy, che, sempre per aggredire i dualismi del mercato del lavoro, rende più facili i licenziamenti (riduzione delle indennità di licenziamento sia per giusta causa, abbassata a 20 giorni per anno lavorato, sia arbitrario, da 45 a 33 giorni) e meno costose le assunzioni di giovani sotto i trent'anni per le imprese con meno di 50 dipendenti (sgravio fiscale di 3000 euro e salari al 50%, con conservazione del 25% di indennità di disoccupazione da parte del lavoratore). Ma pone anche il limite di 24 mesi per i contratti a termine e di 25 anni per i contratti di apprendistato.

Anche la Francia e la Germania hanno sensibilmente inciso sulla regolamentazione dei loro mercati del lavoro. La Francia ripetutamente e, da ultimo, con un accordo interconfederale del 2008 incentrato su una peculiare forma di *rupture conventionnelle*, recepita nella l. 25.6.2008 (v. Laulom 2011). La Germania soprattutto con le c.d. riforme Hartz, che risalgono al 2004 e che hanno fortemente flessibilizzato tutele legali e contrattuali (v. Schuld 2008), senza peraltro intaccare i pilastri del sistema di relazioni industriali (la partecipazione in azienda) e del sistema di sicurezza sociale (i sussidi di disoccupazione, cui sono stati affiancate misure di sostegno al reddito in caso di riduzione dell'orario di lavoro per far fronte a crisi produttive).

Tra gli Stati forti su cui è basato il modello va poi considerato che le *performance* del sistema danese – pur essendo tra le migliori – non sono entusiasmanti in fase recessiva, perché hanno determinato un significativo incremento dei tassi di disoccupazione con conseguenti difficoltà o arretramenti proprio sul piano della *security* e un depotenziamento sensibile del ruolo del sindacato (quindi con gravi lesioni del c.d. triangolo d'oro e rilevanti sbilanciamenti verso la *flexibility*: v. Jorgensen 2011; Bekker 2011; Madsen 2011; Auer 2011; Amoroso 2010; Tangian 2010).

Anche i paesi dell'Est, c.d. *new-comers*, hanno riformato i mercati del lavoro, in qualche misura riducendo le distanze rispetto agli *old members* UE, ma restando ben lontani dal realizzare un potenziamento della *security* in grado di bilanciare le forti dosi di flessibilità nell'uso della forza lavoro presenti in quegli ordinamenti (Meardi).

Tornando dalle nostre parti, l'Italia è più volte intervenuta sui mercati del lavoro, prima e dopo lo sviluppo del dibattito sulla *flexicurity* europea. La riforma più significativa risale, com'è noto, al

2003 ed ha essenzialmente incrementato la frammentazione dei contratti di lavoro senza potenziare l'intervento pubblico, affidato pressoché integralmente a Regioni istituzionalmente sovraccaricate ed economicamente indebolite dalle restrizioni della spesa pubblica e dall'incedere della crisi economica. Ne è derivata una crescente lacerazione del tessuto sociale e politiche del lavoro (attive e passive) sempre più frammentarie e occasionali, seppure con qualche punta di eccellenza (soprattutto al Nord). Quelle riforme non sono estranee alle condizioni in cui oggi l'Italia si trova ad affrontare la fase più complessa della crisi economico-finanziaria, che ci coglie con una strumentazione giuridico-istituzionale fragile o logora e mercati del lavoro stremati. Poco di nuovo rispetto all'*outlook* della Commissione europea del 2008, che addirittura ci collocava nel raggruppamento dei paesi dell'Est e non in quello cui classicamente apparteniamo (cioè i paesi euro-mediterranei) (v. Meardi, p. 265). Non meraviglia allora che per l'Italia di oggi l'espressione sempre più spesso utilizzata sia *flex-insecurity* (v. Meardi. Ma prima ancora Berton, Ricchiardi, Sacchi 2009; Del Punta, 2010).

#### 4. Le tre Europe.

Se si tiene conto di questa variegata e deludente esperienza applicativa delle politiche del lavoro europee degli ultimi anni, una buona indicazione per procedere è quella di tenere distinte almeno tre Europe. In cima ai nostri pensieri può anche esserci l' "Europa dei desideri" (o delle illusioni o della retorica: modello danese). Questa – difficile da realizzare ieri e ancor più oggi, in periodi di vacche sicuramente magre - non può essere però confusa con l' "Europa dei doveri", cioè da quell'insieme di prescrizioni – *hard* o *soft*, qui possiamo, anzi dobbiamo abbracciare una tipologia delle fonti non tradizionale – che derivano dal diritto dell'Unione e, precipuamente, dagli organi e con le procedure abilitate a produrre regole vincolanti. Al riguardo non è affatto così chiaro cosa davvero ci imponga il diritto dell'Unione. Proprio in ordine alla disciplina dei licenziamenti, ad esempio, possono anche essere necessari correttivi alle regole nazionali, ma di che tipo e profondità resta tutto da vedere, dal momento che è lo stesso diritto dell'Unione che negli ultimi anni si è arricchito di qualche regola di stampo protezionistico.

Tra desideri irraggiungibili e doveri nebulosi, non resta che mettere in primo piano l'Europa delle possibilità concrete, quella che ci invita a non chiuderci nei confini nazionali ma anche a far leva sulle nostre risorse tradizionali, valorizzando i nostri punti di forza, con realismo e puntando il più possibile sul dialogo e sulla coesione sociale. Mi pare che proprio questo venga fuori dalla Conferenza di Alto livello del novembre 2011 sulla *flexicurity*.

#### 5. Implicazioni sulla riforma in corso in Italia: il metodo del dialogo sociale.

Cercando, per quanto possibile, di riordinare a questo punto le idee sulle implicazioni nazionali della *flexicurity*, mi pare che si possa cominciare dal metodo con cui realizzare le politiche del lavoro ispirate a questa "filosofia". Il metodo rimanda senz'altro al dialogo sociale. Ma bisogna intendersi su cosa è il dialogo sociale, perché il termine "in salsa europea" assume una pluralità di significati che vanno dalla più nota contrattazione collettiva fino ad una forma di democrazia partecipativa attraverso cui si persegue la *governance* complessiva di un'Unione con forti deficit di democrazia. In Italia c'è una storia sociale della Repubblica (una recente sintesi in Zoppoli 2011) che porta a configurare il dialogo sociale, inteso come mero strumento di *governance* (o di generico elemento di una democrazia partecipativa: da ultimo v. Peruzzi 2011), una regressione sul

piano della coesione sociale. Di questo occorre tenere conto se si vuole che il metodo del dialogo sociale – diretto ad incrementare coesione ed inclusione sociale – abbia un senso anche in Italia.

### 6. Segue: *flexicurity*, “posto fisso” e mercati segmentati.

Sul piano degli obiettivi, la *flexicurity* vuole perseguire un superamento delle segmentazioni dei mercati del lavoro ma in vista di garantire una nuova qualità del lavoro. In questi obiettivi - che possono apparire tanto generici quanto riferibili ad analisi ben note, che contrappongono *outsiders* e *insiders* – c'è innanzitutto da sottolineare che l'Unione europea ribadisce la centralità del lavoro nel modello sociale europeo, di cui si vuole assicurare un buon livello qualitativo, oltre che quantitativo. Europa 2020 in questo ha rilanciato ambiziosi programmi occupazionali da realizzare appunto per il 2020, che riguardano sicuramente l'aspetto quantitativo ma anche quello qualitativo (*more jobs and better jobs*, anche se i dati dicono che le due cose insieme sono ben difficili da raggiungere). Non che l'Europa voglia garantire il posto fisso; ma nemmeno si può sostenere che l'UE promuova politiche del lavoro che non si facciano carico di assicurare un reddito continuativo e comunque non insicuro. Sicurezza – nell'accezione delle politiche di *flexicurity* – significa propriamente sicurezza del reddito indipendentemente dalla conservazione dello specifico posto di lavoro. Diciamo quindi che la recente discussione italiana sul “posto fisso” può ben rientrare in una prospettiva europea, se si ritiene che il c.d. posto fisso non sia più uno strumento adeguato per garantire un reddito caratterizzato da continuità (la monotonia, cui pure ha fatto riferimento il premier Monti, invece interessa meno, purtroppo: e sottolineo purtroppo perché anche quella potrebbe essere oggetto di un dibattito di alto livello, magari trattata con concetti un po' più sofisticati, come l'alienazione di marxiana o marcusiana memoria o alla luce di studi recenti sul clima organizzativo che dà senso al lavoro o sulla prevenzione dello stress correlato al lavoro). Ogni Governo però deve poi responsabilmente trovare serie alternative a quel formidabile strumento di certezza del reddito che è stato – o, in misura limitata, è – il posto fisso.

Sempre in ordine alle segmentazioni, vanno poi considerate, in coerenza con le pluralità di *pathways* proprie della *flexicurity*, quelle riguardanti specifici mercati del lavoro. In Italia gravi segmentazioni si registrano in ordine alle dimensioni delle imprese, all'età e al genere dei lavoratori, ai diversi territori. Per quanto riguarda le donne, ad esempio, recentissimi dati Istat relativi al 2011 ci dicono che il 30% lascia il lavoro *ante tempus* per ragioni di famiglia; e che un'altra consistente percentuale lo fa per cause involontarie: ben il 17% per scadenza dei contratti a termine; e il 15,8% per licenziamenti. Molto diffusa poi tra le lavoratrici è la prassi odiosa delle dimissioni in bianco.

Quanto ai giovani, abbiamo altissimi tassi di disoccupazione nelle fasce più basse (fino ai 24 anni), per cui è crescente la necessità di avere percorsi di rapido inserimento per evitare gravi patologie (scoraggiamento, lavoro nero, devianza). Nel Sud, dove da sempre i problemi occupazionali sono più acuti, invece di diminuire, negli ultimi anni crescono la frammentazione e la precarizzazione dei mercati del lavoro (v., per la Campania, Cimaglia-Corbisiero).

Tutte queste segmentazioni non sono state sanate – e in qualche caso anzi sono state aggravate - dalle recenti riforme dei mercati del lavoro all'insegna della flessibilità.

Nell'ottica della *flexicurity* potrebbero essere considerate positivamente tutte quelle misure che affrontassero le segmentazioni indicate, eliminando dalla legislazione le differenze irrazionali. Così in tema di sostegno al reddito per le imprese in difficoltà, come di garanzie differenziate in

ragione del tipo contrattuale. La strada però non è solo quella di far confluire tutti in un unico calderone della dipendenza economica – categoria inusuale, evocata da molti recenti proposte di legge, con riferimento soprattutto a determinate soglie di reddito (30.000 o 40.000 euro) - denso di incognite e povero di caratterizzazioni relazionali o professionali davvero significative. Egualmente in direzione del superamento della segmentazione è, ad esempio, uno Statuto del lavoro autonomo, sulla falsariga di quanto ha fatto anche la Spagna (per un'interessante ipotesi italiana v. il ddl 2145/2010, in DRI, 2010, 603 ss.).

### 7. Segue: i mercati del lavoro transizionali (TLM).

La *flexicurity* impone poi di rivisitare profondamente gli ambiti e gli strumenti che negli ultimi anni hanno caratterizzato in Italia politiche e regole del lavoro.

Certamente i mercati del lavoro dovrebbero essere assai più configurati come “*transitional labour market*” (TLM). L'espressione ha moltissimi significati (v. Schmid e Gazier 2011), sintetizzabili nel senso che occorre regolare i mercati del lavoro in modo da facilitare il più possibile i necessari passaggi da un'azienda all'altra, rendere quanto più brevi possibili i periodi di inattività per inoccupati e disoccupati, garantire la migliore qualità dell'occupazione. Ciò richiede robusti servizi per l'impiego, specie nelle regioni più problematiche. Al riguardo, non si registrano significativi progressi sul piano operativo (meno rilevante, anche se preliminare, è quello legislativo, dove molte sono state le innovazioni, anche a livello regionale, ma poche le conseguenti applicazioni). Un ambito dove c'è qualche timido progresso è quello della cooperazione tra i servizi pubblici e i soggetti privati, ma anche qui moltissimo c'è da fare (v. Tullini 2011). Un ruolo di maggiore rilievo può senz'altro essere riconosciuto alle agenzie di somministrazione (ad esempio pare abbia avuto un buon impatto l'eliminazione della causale quando le aziende utilizzano lavoratori in mobilità). In questo senso strumenti senz'altro utili possono essere il contratto di ricollocamento delineato nella proposta di Pietro Ichino o il ddl sull'outplacement presentato di recente da Tiziano Treu (Ichino, Treu). Garanzie del reddito e di rapida ricollocabilità sono fondamentali in questa prospettiva: e al riguardo non v'è dubbio che la riforma degli ammortizzatori sociali è cruciale. Non mi sembra invece necessario modificare l'art. 18 Stat. Lav. per avere un mercato più adatto alla mobilità dei lavoratori o al rapido inserimento degli inoccupati: si peggiorerebbe la qualità dell'occupazione senza aumentare la propensione al cambiamento, che è condizionata dalla ragionevole aspettativa di ottenere un nuovo impiego piuttosto che dal timore di perdere il vecchio (v. anche, da ultimi, Bellavista-Garilli; contra Maresca 2012).

### 8. Segue: la riduzione della tipologia contrattuale.

Ridurre la tipologia contrattuale è poi senz'altro opportuno, visti i crescenti problemi di frammentazione e precarizzazione dei mercati del lavoro italiani. Lontana o illusoria appare però la possibilità di un vero e proprio contratto unico, che non sarebbe realmente destinato a sostituire tutte le possibilità di impiego flessibile/precario e che forse ridurrebbe la strumentazione utile per politiche attive del lavoro mirate sulle specifiche situazioni di difficoltà soggettive o oggettive. In ogni caso restano non sostituibili almeno 4/5 tipologie contrattuali: a) termine; b) part-time; c) somministrazione; d) contratti formativi; e) contratti di inserimento, questi ultimi specie per i lavoratori svantaggiati (art. 54 d.lgs. 276/03, art. 20 l. 223/91; ma v. il più recente regolamento europeo), rispetto ai quali però è da valutare attentamente la necessità di mantenere in piedi un apposito contratto se resta essenzialmente caratterizzato da incentivi di tipo economico.

Una strada semplice (e forse non semplicistica) potrebbe essere quella di lasciare affidata alla legge soltanto l'alternativa tra contratti di lavoro subordinato o autonomo, con una subordinazione che potrebbe articolarsi nelle 4/5 tipologie appena indicate - lasciate ad una regolamentazione di dettaglio affidata alle parti sociali - ed un contratto di lavoro autonomo che, se prestato in determinate condizioni, possa godere anch'esso di certe tutele statutarie (v. ddl 2145/2010 cit.)

#### 9. Segue: l'apprendistato dopo il testo unico del 2011.

Una particolare attenzione merita l'apprendistato, come contratto di recente disciplinato in modo organico dal T.U. del 2011, che può coniugare lavoro e formazione in vari momenti della vita lavorativa (per un panorama comparato v., da ultimo, Delfino 2012). Da notare che si tratta di contratto da subito garantito contro il licenziamento arbitrario, salvo possibilità per il datore di lavoro di recedere ad nutum al termine del periodo di formazione (art. 2 lett. l-m l. 167/11). È strumento importante sia per i TLM (v. l'apprendistato per i lavoratori in mobilità, con applicazione della disciplina sui licenziamenti anche al termine del periodo di formazione: art. 7 c. 4 della l. 167/2011) sia per le fasce deboli sia per alte professionalità (v. apprendistato per attività di ricerca: art. 5 TU). Può essere migliorato; ma anche applicato sfruttandone tutte le potenzialità da parte di una contrattazione collettiva cui sono assicurati, ad esempio in materia retributiva, notevoli margini di manovra (anche per alleggerire i costi in connessione con reali percorsi formativi, destinando tali misure promozionali alle fasce giovanili più colpite dai trend della disoccupazione).

Oggetto di riflessione deve però anche essere la disciplina degli *stage*, che si prestano a gravi abusi a danno dei giovani, non sanati affatto dall'art. 11 del d.l. 138/2011, che è norma confusionaria e mal indirizzata (v., pur con diverse valutazioni, Pascucci e Tiraboschi 2011).

#### 10. Segue: la disciplina dei licenziamenti: né "tabù" né "totem".

Infine non si può non affrontare la questione della disciplina italiana dei licenziamenti. Essa però, a mio parere, va affrontata partendo da una moderna configurazione dell'impresa e cioè dall'impresa socialmente responsabile, in quanto proprio la RSI è un altro tassello importante della costruzione dell'UE (ma vedi anche codici etici e accordi quadro transnazionali: da ultimo Scarponi 2011). Ciò premesso, può anche essere necessario prendere atto dei condizionamenti che le multinazionali esercitano sulle politiche pubbliche e delle condizioni che pongono perché aumentino i loro investimenti in Italia (a ciò servirebbero, secondo alcuni, anche le modifiche all'art. 18 Stat.lav., esplicitamente richieste dalle grandi imprese); ma prenderne atto non significa che ogni condizione debba essere prontamente accolta. Da considerare ed approfondire al riguardo è la nozione di *Corporate Citizenship* (Crane-Matten-Moon, Cambridge 2008), in base alla quale le imprese possono anche operare come "insider nel processo di presa di decisioni pubbliche anziché come semplici lobbies", ma "nel momento in cui rivendicano tale diritto, devono accettare di sottostare ad esigenze pubbliche che esulino dalla massimizzazione del profitto sul mercato" (Crouch 2012, p.159). Tra queste esigenze pubbliche c'è senz'altro quella di garantire a tutti i cittadini il diritto al lavoro e di promuovere la massima occupazione in lavori dignitosi: come d'altronde è riconosciuto anche in molti codici di condotta ed accordi di imprese transnazionali.

Venendo al quadro giuridico-istituzionale, l'art. 18 stat. lav. può ben essere oggetto di approfondita discussione. In tal senso si può essere d'accordo con chi dice che non se ne può fare un "tabù"

(v. già Accornero 1999); purché non ne consegua che la norma da “tabù” diventi un “totem” da abbattere ed esibire come trofeo di vittorie simboliche o come dimostrazione di aver soppresso il “genio tutelare” di una tribù nemica (com'è noto proprio questo è il significato del “totem” nell'analisi freudiana).

Con questa premessa non v'è dubbio che nella disciplina italiana dei licenziamenti ci sono dei problemi riconducibili alla problematica dell'*Employment Protection Legislation* alla quale fa da sempre riferimento il dibattito sulla *flexicurity*. Innanzitutto problemi di diritto sostanziale, che attengono essenzialmente agli *economic dismissals* e riguardano la configurazione del giustificato motivo oggettivo (art. 3 della l. 604/66) e la teorica dell'*extrema ratio* (v. Zoppoli 2007). In particolare controverso è il licenziamento per scarso rendimento e per ragioni di redditività (profitto) (v. Caruso 2012; Vallebona 2012). Viene poi messo radicalmente in dubbio che a controllare la sussistenza di una valida motivazione debba essere un giudice togato.

Questi aspetti – è bene essere chiari – c'entrano ben poco con l'art. 18 e attengono a problemi assai più di fondo, che mettono in discussione equilibri normativi all'apparenza consolidati da tempo (v. Romagnoli 2012). C'è poi profondamente da dubitare – come già accennato – che un ridimensionamento del controllo giudiziario sia coerente proprio con il diritto dell'UE.

Intervenire su questi profili non è strettamente necessario se ci si attiene ai pilastri delle politiche di *flexicurity*. Però non ci si può nascondere dietro un dito e se la *flexicurity* deve anche comportare misure che elevino la produttività del lavoro e, quindi, le condizioni di sistema in cui le imprese organizzano il lavoro, non v'è dubbio che il funzionamento della giustizia può riflettersi sulla produttività del lavoro. Sia chiaro, non sui livelli occupazionali, ma sulla produttività del lavoro in una prospettiva soprattutto microeconomica, credo di sì.

In questa prospettiva, la proposta avanzata dalla Cisl di prendere in considerazione nella riforma del mercato del lavoro anche la disciplina complessiva dei licenziamenti per ragioni economiche (cioè dei licenziamenti non intimati con riguardo a comportamenti del lavoratore) merita di essere attentamente discussa anche in una proiezione europea. Provo a suggerire qualche spunto. Accettabile mi pare l'idea di un controllo preventivo sulle ragioni che consentono licenziamenti legati ad interventi sull'organizzazione o sulla produzione dell'impresa (chiamiamoli per motivi economici) che possa servire ad alleggerire – non eliminare - il controllo giudiziario. Non mi convince invece né un controllo unicamente sindacale - che avrebbe un senso ben più problematico per licenziamenti di poche unità (o addirittura di un solo lavoratore) rispetto a quello attualmente previsto per i casi di licenziamenti collettivi (nei quali, acclarata la ragione sostanziale, si tratta poi di individuare l'articolazione organizzativa interessata e definire i criteri di scelta della pluralità di lavoratori interessati) – né l'eliminazione della reintegrazione correlata alla tipologia di licenziamento (perché il licenziamento economico dovrebbe essere sanzionato meno rigorosamente se si accerta che non sussisteva la motivazione addotta?). Fermo restando che occorre una riflessione oggi ancora più attenta rispetto al passato (c'è stato infatti un recente intervento legislativo - la l. 183/2010 – che su questi profili ha sensibilmente intaccato quadro normativo e poteri dei giudici; da valutare, in particolare, l'impatto di norme recenti come l'art. 30 della l. 183/10, nonché dell'art. 8 del d.l. 138/11: su quest'ultima v., per tutti, Rusciano, Perulli-Speziale, Zoppoli 2011, Garilli 2012), penso che si potrebbe configurare una disciplina alternativa rispetto a quella prevista dalla l. 604/1966, consentendo al datore di lavoro di chiedere l'intervento di una commissione – costituita in modo paritetico, ma con un presidente tecnico, e con ampi poteri istruttori – da istituire presso la Direzione provinciale del lavoro, al fine di autorizzare, in tempi stretti

e tassativi (ad esempio 30 giorni), il licenziamento per ragioni economiche. Al provvedimento autorizzatorio dovrebbe automaticamente conseguire l'inserimento del lavoratore in un programma pubblico di sostegno al reddito e di ricollocamento. Il provvedimento potrebbe sempre essere impugnato dinanzi al giudice (eventualmente il Tar), seppure entro termini brevi di decadenza, sia dal datore di lavoro sia dal lavoratore; andrebbero però rigorosamente circoscritti i vizi in grado di inficiare la validità dell'atto (inesistenza del motivo; grave violazione di legge), determinando il ripristino della relazione contrattuale. In ogni caso il datore di lavoro resterebbe libero di utilizzare l'attuale normativa, restando l'unico legittimato ad apprezzare la motivazione da porre a base del licenziamento, che sarebbe però, come di consueto, soggetto a pieno controllo del giudice ordinario.

Andando oltre gli *economic dismissals*, e affrontando una problematica ancora più vagamente connessa alla *flexicurity*, perché attiene all'efficienza generale degli apparati dello Stato, c'è poi una enorme questione processuale, che riguarda i tempi del contenzioso, mediamente computabili in 4/5 anni (senza tener conto dei giudizi di legittimità). Escluso l'arbitrato, almeno quello secondo equità (v. l. 183/2010), sarebbe perciò indispensabile intervenire sui tempi del processo riguardante il licenziamento e soprattutto sui meccanismi risarcitori esorbitanti. Si potrebbe prevedere uno specifico procedimento celere per le controversie aventi ad oggetto il licenziamento, correlandolo ad una sorta di Carta dei servizi della giustizia, con tempi certi e un trasferimento a carico dello Stato degli oneri connessi all'eccessiva durata dei processi (decorsi inutilmente 6/8 mesi non per colpa delle parti, gli eventuali oneri risarcitori eccedenti le retribuzioni dovute per quel periodo dovrebbero essere a carico della fiscalità generale, con conseguente sgravio dell'impresa). Una proposta simile (v. Caruso 2012, che la attribuisce a De Luca Tamajo), decorsi complessivamente 18/24 mesi, accollerebbe gli oneri risarcitori al sistema delle imprese, attraverso la bilateralità o specifici fondi da costituire: è anche questa una strada interessante, ma meno sostenibile sotto il profilo sistematico e non idonea ad innescare circoli virtuosi nel sistema giudiziario. Anche a tal riguardo occorre però tener presente i pericoli della nuova conciliazione prevista dalla l. 183/2010 (v. Ferraro 2011), con rischio di emarginazione del giudice togato o, al contrario, di suoi eccessi di protagonismo.

In ogni caso nel "manovrare" le sanzioni (art. 18) massima attenzione va rivolta ai problemi di coerenza ordinamentale. Questo è ancora un problema nazionale, almeno fino a quando non ci sarà una disciplina europea organica dei contratti individuali e, segnatamente, del contratto di lavoro. Nel nostro ordinamento escludere la reintegrazione per il licenziamento economico, pur non essendo incostituzionale per violazione dell'art. 41 Cost., potrebbe esserlo per contrasto con l'art. 3. Al riguardo pare di particolare importanza la ricostruzione sistematica di Cass. 141/2006, secondo cui in base all'art. 2058 c.c. "l'illecito contrattuale...attribuisce al danneggiato la reintegrazione in forma specifica, se giuridicamente e materialmente possibile, ed il risarcimento per equivalente, alla subordinata condizione che la reintegrazione risulti, secondo il giudice, eccessivamente onerosa per il debitore". Il richiamo alla norma civilistica vale nel ragionamento della Cassazione per stabilire – ai fini della ripartizione dell'onere della prova della dimensione aziendale - quale sanzione nel nostro diritto civile debba essere considerata la regola e quale la eccezione, dovendosi appunto ritenere la reintegrazione come regola generale del diritto dei contratti (nel quale ci sono oggi anche da considerare le *astreinte* di cui all'art. 614bis cpc, come novellato nel 2009). Nel diritto del lavoro l'art. 18 Stat. Lav. esclude, per il suo ambito di applicazione, il risarcimento per equivalente a seguito di valutazione giudiziaria (solo il lavoratore può esercitare

la facoltà di estinguere il rapporto percependo un'indennità pari a 15 mensilità di retribuzione: art. 18 c. 5). Naturalmente questo non toglie che proprio l'art. 2058 potrebbe costituire il baricentro di una diversa disciplina delle sanzioni per il licenziamento illegittimo, così come accade in altri ordinamenti (ad esempio quello tedesco: v. Mariucci 2012). Ma dovrebbe trattarsi di un'opzione generale, non limitata alla mancanza della motivazione per l'ipotesi di licenziamento economico, che, come s'è detto in precedenza, per l'assenza di motivazione diviene semplicemente un licenziamento illegittimo o invalido, comunque in nulla distinguibile da altro licenziamento diversamente motivato.

#### 11. Art. 18 stat.lav. e sistema giuridico: tra *flexicurity* e non regresso.

Sempre *de iure condendo*, si può ancora molto discutere su equilibrio, ragionevolezza, persino efficacia per il lavoratore del meccanismo della reintegrazione (v., da ultimo e con acutezza, Liso 2012, che parla di protezione affidata essenzialmente al deterrente dell'art. 18, che aggrava il timore di una incerta valutazione giudiziale. Sulla "razionalità" della norma statutaria v. Napoli 2002, p. 166). Ma il problema non può essere affrontato senza tener conto del piano giuridico-valoriale, nel quale credo vada messo al centro l'interesse da tutelare: su di esso occorre calibrare il sistema sanzionatorio. Ora l'interesse del lavoratore ritenuto meritevole di tutela è sempre più divenuto un interesse dai molteplici risvolti (v. Del Punta 2010), tutti riconducibili alla condizione di subordinazione intesa come "inserimento in un'organizzazione altrui". Tale inserimento costituisce il fulcro intorno al quale si costruisce non solo l'assetto reddituale del soggetto (e la sua proiezione come consumatore), ma l'intera identità di lavoratore/cittadino. E in ciò è piena la coerenza tra assetti ordinamentali e politiche del lavoro nazionali ed europee. Se si è d'accordo con l'individuazione di tale interesse, in presenza di un comportamento datoriale di illecita rottura del contratto - perché del tutto arbitraria - può mai esserci un valore economico in astratto equivalente alla *restitutio in integrum*? A me pare di no, almeno in linea di una coerente ricostruzione giuridica basata sulla specifica fattispecie contrattuale; e ferma restando, beninteso, la possibilità di un diverso, esplicito e genuino apprezzamento del soggetto interessato (che è la logica dell'indennizzo alternativo alla reintegrazione di cui all'art. 18 c. 5 Stat.lav. o, in modo diverso, della *rupture conventionnelle* francese). Se questo è il ragionamento, l'art. 18 nei suoi attuali equilibri, lungi dall'essere un tabù, configura una tutela dell'interesse preso in prioritaria considerazione dalla legge fin troppo *light* e attraversata da infiniti compromessi (mi riferisco al suo campo di applicazione, limitato alle imprese con più di 60 dipendenti o alle unità produttive con più di 15 dipendenti). Occorrerebbe per la verità andare ben oltre (ma questo non ce lo impone certo la *flexicurity*). In attesa di tempi migliori, pur ritoccando quel che abbiamo per dare maggior peso all'interesse datoriale laddove appare sacrificato da talune prassi applicative della normativa vigente, non farei fare però al sistema giuslavoristico italiano pericolosi passi indietro.

Al riguardo, e tornando stavolta all'Europa, va inoltre tenuto presente che se la *flexicurity* è parola di successo sotto il profilo politico, ce ne sono anche altre che abitano il crinale europeo posto tra politica e diritto e che possono ambire ad un analogo successo politico (magari più tra i cittadini che nell'*establishment*). Tra queste campeggia il principio di non regresso, che – codificato in quasi tutte le clausole delle direttive sociali – va sicuramente considerato nell'orientare le innovazioni in materia di diritti dei lavoratori nazionali in qualche modo correlati con il diritto dell'Unione europea. Quel principio, com'è noto, non si traduce nell'impossibilità assoluta di modificare in *peius* le normative nazionali. Però – sia in quanto riversato in clausole specifiche sia in

quanto oggetto di attenzione nell'art. 53 della Carta di Nizza – sta a significare che l'Ue non promuove riduzioni dei livelli di protezione dei diritti garantiti dall'ordinamento generale e comunque che la necessità di adeguare i diritti nazionali al diritto dell'Ue non può essere addotta come ragione determinante per la riduzione dei livelli generali di tutela raggiunti in un determinato ordinamento nazionale, potendosi sempre prevedere una protezione più estesa (v. le decisioni della Corte di Giustizia europea nei casi Mangold e Angelidaki).

#### Riferimenti bibliografici.

- Accornero A. (1999), *L'ultimo tabù. Lavorare con meno vincoli e più responsabilità*, Bari.
- Amoroso B. (2010), Il modello sociale danese, in *Diritti lavori mercati (DLM)*, p. 227 ss.
- Auer P. (2011), *La flexicurity nel tempo della crisi*, in *Diritto delle relazioni industriali (DRI)*, p. 37.
- Ballestrero M.V. (2009), Il valore e il costo della stabilità, in Ballestrero (a cura di), *La stabilità nel diritto vivente*, Torino, p. 1 ss.
- Bekker S. (2011), *Flexicurity. Explaining the development of a European concept*, Nijmegen.
- Bellavista A.-Garilli A. (2012), Mercato del lavoro: la fiera delle falsità, in *Eguaglianza & Libertà*, rivista on-line, 11 febbraio.
- Berton-Ricchiardi-Sacchi (2009), *Flex-insecurity. Perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*, Bologna.
- Carinci F. (2012), "Provaci ancora, Sam": ripartendo dall'art. 18 dello Statuto, in *W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT – 138/2012*.
- Caruso B. (2012), Per un ragionevole, e apparentemente paradossale, compromesso sull'art. 18: riformarlo senza cambiarlo, *W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT – 140/2012*.
- Cimaglia-Corbisiero (2010), *Il mercato del lavoro in Campania*, Napoli.
- Crane-Matten-Moon (2008), *Corporations and Citizenship*, Cambridge.
- Crouch C. (2012), *Il potere dei giganti*, Bari.
- Delfino M. (2009), Diritti sociali e *flexicurity*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro (RIDL)*, III, p. 29 ss.
- Delfino M. (2012), *Giovani e formazione nelle normative europee: l'apprendistato*, *W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.INT – 90/2012*.
- Del Punta R. (2010), La stabilità reale nell'epoca dell'instabilità, in *DLM*, p. 753 ss.
- Ferraro G. (2011), La conciliazione, in Cinelli-Ferraro (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella l. 4 novembre 2010*, n. 183, Torino, p. 71 ss.
- Gallino L. (2007), *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Bari, p. 122.
- Garilli A. (2012), L'art. 8 della l. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali, *W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT – 139/2012*.
- Gazier B. (2011), La strategia europea per l'occupazione nella tempesta: il ripristino di una prospettiva a lungo termine, in *DRI*, n. 1.

- Gottardi D. (2007), *La flexicurity* al vaglio del Parlamento europeo, p. 477 ss.
- Ichino P. (2011), *Inchiesta sul lavoro*, Milano, p. 116 ss.
- Liso F. (2012), *Articolo 18: un tabù?*, in nelMerito.com
- Jorgensen H. (2011), *Danish flexicurity in crisis or just stress-tested by the crisis?*, Friedrich Ebert Stiftung, paper
- Laulom S. (2011), *Il diritto del lavoro francese di fronte alla crisi*, in Loy 2011.
- Loy (2011) (a cura di), *Diritto del lavoro e crisi economica*, Roma.
- Madse P.K. (2011), *Reagire alla tempesta. La flexicurity danese e la crisi*, in DRI, p. 78 ss.
- Maresca A. (2012), *intervista ne Il Sole 24 Ore del 5 febbraio*
- Mariucci L. (2012), *Sui licenziamenti adottiamo il sistema tedesco*, l'Unità dell'11 febbraio.
- Meardi G. (2011), *Flexicurity meets State Traditions*, in *International Journal of comparative labour law and industrial relations (IJCLLIR)*, p. 256 ss.
- Napoli M. (2002), *Elogio della stabilità*, in Id., *Lavoro, diritto, mutamento sociale*, Torino, p. 160 ss.
- Pascucci P. (2011), *La disciplina dei tirocini formativi e di orientamento: ieri, oggi e...domani*, in DRI, n. 4.
- Perulli A.- Speziale V. (2011), *L'art. 8 della l. 14 settembre 2011 n. 148 e "la rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT – 132/2011.
- Peruzzi M. (2011), *L'autonomia nel dialogo sociale europeo*, Bologna.
- Romagnoli U. (2012), *Licenza di licenziare, Il manifesto dell'8 gennaio*.
- Rusciano M. (2011), *L'art. 8 è contro la Costituzione*, in *Eguaglianza & Libertà*, rivista on-line, 8 settembre
- Scarponi S. (2011), *Gli accordi transnazionali a livello di impresa: uno strumento per contrastare il social dumping?*, in *Lavoro e diritto (LD)*, n. 1.
- Schmid G. (2011), *Il lavoro non standard. Riflessioni nell'ottica dei mercati transazionali del lavoro*, in DRI, n. 1
- Schuld C. (2008), *La flexicurity in Germania*, in Zoppoli L.-Delfino 2008.
- Tangian A. (2010), *Not for bad weather: macroanalysis of flexicurity with regard to the crisis*, Brussels
- Tiraboschi M. (2011), *Tirocini e apprendistato: impianto e ragioni della riforma*, in DRI, n. 4.
- Tullini P. (2011), *Cooperazione pubblico/privato nel mercato del lavoro*, in DLM, n. 3.
- Treu T. (2012), *Flexicurity non all'italiana*, in Europa, febbraio.
- Valdes Dal Re F. (2011), *IL dibattito sulla flessicurezza all'interno dell'Unione Europea*, in Loy (2011).

Vallebona A. (2012), relazione alla giornata “Fabio Mazziotti: un giurista a difesa dei più deboli”, Università di Salerno, 3 febbraio.

Zoppoli L.-Delfino M. (a cura di) (2008), *Flexicurity* e tutele. Il lavoro tipico e atipico in Italia e in Germania, Roma.

Zoppoli L. (2007), *Flexicurity* e licenziamenti: la strict *Employment Protection Legislation*, in DLM, n. 3.

Zoppoli L. (2011), Contrattazione collettiva e unità d'Italia, W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT – 130/2011.

Zoppoli L. (2011), Articolo 8: analisi di una norma mal scritta, in Eguaglianza & Libertà, rivista on-line 25 dicembre.

## La fornitura di lavoro portuale temporaneo\*

Edoardo Ales- Pasquale Passalacqua

1. Lavoro portuale e attività portuali: profili di specificità.	144
2. Il modello della fornitura temporanea di lavoro portuale.	145
3. La trasformazione delle compagnie in società e cooperative portuali: l'incidenza del diritto comunitario della concorrenza.	147
4. Il ruolo delle autorità portuali nella fornitura di lavoro portuale temporaneo.	156
5. L'impresa o agenzia fornitrice di lavoro.	159
6. L'impresa utilizzatrice e il contratto di fornitura di lavoro temporaneo.	161
7. L'ipotesi peculiare dell'impresa fornitrice di lavoro portuale come utilizzatrice di manodopera somministrata.	162
8. La disciplina del rapporto di lavoro dei lavoratori portuali temporanei.	163
9. Il ruolo della contrattazione collettiva.	164
10. L'apparato sanzionatorio della fornitura del lavoro portuale temporaneo.	167

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 142/2012

## 1. Lavoro portuale e attività portuali: profili di specificità.

Una delle peculiarità del lavoro portuale, è rappresentata dalla impossibilità di ricondurlo a un modello organizzativo rigido, di tipo industriale<sup>(377)</sup>.

Il lavoro portuale, infatti, presenta profili distintivi riconducibili sia alla poliedricità delle attività portuali sia alla differenziazione delle operazioni lavorative nelle quali esse si articolano. Dette peculiarità incidono, inevitabilmente, sull'organizzazione del lavoro che dipende, oltre che dalle diverse tipologie di traffico marittimo, anche dalla diversa combinazione di lavoro diretto e indiretto, o meglio interno alle imprese portuali o esterno (nella maggior parte delle ipotesi temporaneo), combinazione in base alla quale, in ogni realtà portuale, vengono disciplinati i ruoli e distribuite le attività tra le diverse imprese presenti nello scalo.

Nello studio delle attività portuali si rende pertanto necessario, in via preliminare, dar conto, da un lato, della complessità e poliedricità del ciclo logistico portuale, legato al c.d. *sea shipping*<sup>(378)</sup>, e dall'altro della varietà e della specificità degli operatori che svolgono le proprie attività all'interno dei porti.

Lo stesso codice della navigazione dava conto di tale natura multiforme e poliedrica delle operazioni portuali e, in quel quadro, il lavoro portuale veniva ricondotto alle attività - individuate dall'art. 108 c. nav.<sup>(379)</sup> – di imbarco, sbarco, movimentazione merci in ambito portuale.

L'avvenuta abrogazione delle disposizioni codicistiche, operata, anche a seguito della pronuncia della Corte di giustizia della Comunità Europea, 10 dicembre 1991, causa 179/90<sup>(380)</sup>, per il tramite della l. 28 gennaio 1994, n. 84<sup>(381)</sup> e la conseguente riorganizzazione della legislazione in materia portuale<sup>(382)</sup>, non muta il quadro sul punto, giacché l'art. 16 della l. 28 gennaio 1994, n. 84, definisce le operazioni portuali come il carico, lo scarico, il trasbordo, il deposito, il movimento in genere delle merci e d'ogni materiale, svolti in ambito portuale<sup>(383)</sup>.

<sup>(377)</sup> Sul tema, in dottrina, v. A. XERRI, *L'ordinamento giuridico dei porti italiani*, Milano, 1998, 216 ss.; M. BARBIERI, *Lavoro portuale*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, VIII, Torino, 1992, 445 ss.; L. FIORILLO, *Lavoro portuale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995, 1 ss.; F. A. QUERCI, *Lavoro Portuale*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 469 ss.; E. MINALE COSTA, *Il diritto del lavoro nei porti*, Torino, 2000, spec. 109 ss.

<sup>(378)</sup> Termine utilizzato per descrivere il trasporto di merci e passeggeri via mare nell'area dell'Europa geografica e che comprende: - il trasporto marittimo nazionale, ovvero il cabotaggio obbligato (con le isole) e quello alternativo (le c.d. Autostrade del Mare); - il traffico marittimo con i paesi appartenenti all'Unione europea incluse Islanda e Norvegia; - Il traffico fra porti comunitari e porti non comunitari che si affacciano sul Mar Mediterraneo, Mar Nero e Mar Baltico; - la tratta di smistamento dai porti *hubs* dei traffici oceanici (federaggio); - il traffico fluviale e quello lacustre.

<sup>(379)</sup> L'art. 108 c. nav. è stato abrogato, per le parti afferenti la navigazione marittima, dall'art. 27, ottavo comma, della l. 28 gennaio 1994, n. 84 (pubblicata in G. U. del 4 febbraio 1994, n. 28, S.O.), con decorrenza dal centonovesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge stessa. Successivamente il medesimo articolo è stato interamente abrogato, con decorrenza dal 19 marzo 1995, a seguito delle modifiche disposte dall'art. 2, ventottesimo comma, del d.l. 21 ottobre 1996, n. 535, convertito in legge, con modificazioni, con l. 23 dicembre 1996, n. 647.

<sup>(380)</sup> Sul rilievo di tale pronuncia v. *infra* § 3.

<sup>(381)</sup> In dottrina, v. F. MUNARI, *Compagnie portuali, imprese concessionarie e operazioni di imbarco e sbarco: il diritto comunitario e la Corte di Giustizia*, in *Dir. maritt.*, 1991, 1128; S.M. CARBONE e F. MUNARI, *Legge italiana di riforma dei porti e il diritto comunitario*, cit., 367.

<sup>(382)</sup> Sull'evoluzione della disciplina e della organizzazione portuale, si rinvia ad A. XERRI, *L'ordinamento giuridico dei porti italiani*, cit., 121 ss.

<sup>(383)</sup> V. E. MINALE COSTA, *Il diritto del lavoro nei porti*, cit., 35 ss.

Resta pertanto centrale la considerazione del ruolo e del differente peso, all'interno delle dinamiche portuali, delle diverse imprese che vi si trovano a operare. Essi dipendono dalle modalità con le quali viene organizzata la forza lavoro. A tal fine è opportuno segnalare come la presenza dei porti produca impatto occupazionale in termini diretti, indiretti e correlati<sup>(384)</sup>.

Da un lato, infatti, i porti danno vita ad occupazione diretta attraverso i servizi di movimentazione della merce, le operazioni portuali e i servizi nautici.

Dall'altro, le attività portuali inducono una vasta gamma di effetti occupazionali indiretti, attraverso le connessioni con altri settori economici e le relative interrelazioni con i diversi poli logistici ed economici esterni alle aree portuali<sup>(385)</sup>.

Infine acquista rilevanza l'occupazione indotta, rappresentata dagli impieghi a supporto delle attività portuali dirette.

Si tratta di attività nelle quali si registra un diffuso utilizzo di forme di lavoro temporaneo, spesso riconducibili allo schema della interposizione di lavoro.

Gli operatori che svolgono le attività lavorative concernenti le operazioni e i servizi portuali possono essere suddivisi in tre gruppi<sup>(386)</sup>.

In primo luogo, gli operatori terminalisti ovvero i soggetti che svolgono le operazioni portuali avvalendosi di attrezzature, sovrastrutture fisse, oltretutto, salvo casi eccezionali, di una banchina dedicata, di cui hanno generalmente il diritto di utilizzo in virtù di uno specifico atto di concessione che ne prevede la disponibilità<sup>(387)</sup>. In secondo luogo, gli operatori dei servizi portuali, resi, da parte di specifiche imprese portuali a tale attività autorizzate, in favore del terminalista o dell'utente portuale. Infine, come già osservato, i lavoratori temporanei portuali, utilizzati per far fronte agli incrementi temporanei della richiesta di manodopera.

Rispetto allo scenario appena descritto, l'analisi si concentrerà sul fenomeno di maggior rilievo, peculiarità e problematicità, nella prospettiva giuslavoristica, rappresentato, appunto, dalla fornitura temporanea di lavoro portuale.

## 2. Il modello della fornitura temporanea di lavoro portuale.

Occorre, in via preliminare ricordare che la necessaria coincidenza tra titolare formale del contratto di lavoro ed effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa ha costituito per lungo tempo uno dei principi cardine del diritto del lavoro, teso a impedire l'elusione delle sue tutele inderogabili.

Come noto, la materia dei rapporti interpositori è stata compiutamente disciplinata dalla legge 23 ottobre 1960 n. 1369, la quale poneva in capo all'imprenditore il divieto di affidare in appalto

---

<sup>(384)</sup> V. lo studio della Martin Associates, *The local and regional economic impacts of the US deepwater port system 2006*, prepared for: American Association Of Port Authorities, 2007.

<sup>(385)</sup> Ci si riferisce in particolare alle attività di fornitura di equipaggiamenti e parti di lavorazione, servizi di riparazione e manutenzione, di assicurazione, consulenza e altri servizi economici.

<sup>(386)</sup> Cfr. S.M. CARBONE e F. MUNARI, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2006, 198 ss.

<sup>(387)</sup> V. art. 18, l. n. 84 del 1994.

o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante l'impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque fosse la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferivano<sup>(388)</sup>.

Come altrettanto noto, il radicale disfavore verso i rapporti interpositori si è andato via via ridimensionando anche sotto l'impulso del diritto internazionale<sup>(389)</sup> e comunitario (del lavoro)<sup>(390)</sup>.

Così, la legge n. 196 del 1997 ha introdotto nel nostro ordinamento la fornitura di lavoro temporaneo mediante agenzia, poi successivamente sostituito dal contratto di somministrazione di lavoro, disciplinato dal d.lg. 10 settembre 2003 n. 276, che ha anche disposto l'abrogazione della l. n. 1369 del 1960. Tuttavia, non si può non notare come proprio nell'ambito del lavoro portuale fosse già stata legalizzata una peculiare ipotesi di interposizione (ribadita nel sistema delineato dalla legge n. 84 del 1994), che rendeva legittima, *ante litteram*, nell'ordinamento nazionale, la dissociazione tra titolare del rapporto di lavoro ed effettivo beneficiario della prestazione lavorativa<sup>(391)</sup>.

<sup>(388)</sup> Sul generale divieto di interposizione di manodopera v. R. DE LUCA TAMAJO, *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, 167 ss.; R. DEL PUNTA, *Le molte vite del divieto di interposizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, 129 ss.; O. MAZZOTTA, *Lavoro (Intermediazione e Interposizione nel)* (I agg.), in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Torino, 2009.

<sup>(389)</sup> Sul punto è opportuno precisare che sia l'OIL (Organizzazione Internazionale del Lavoro), è più volte intervenuta in materia di monopolio dei servizi pubblici per l'impiego, dettando una disciplina che spesso è risultata in contrasto con le normative interne dei singoli Stati membri. In particolare, il tema è stato oggetto d'adozione da parte dell'OIL di un numero significati di Convenzioni, quali la n. 34 del 1933, la n. 96 del 1949 e la n. 181 del 1997. La Convenzione del 1949 ha rappresentato la prima apertura alle agenzie private per l'esercizio del collocamento, con una normativa, però, particolarmente limitativa per i suddetti soggetti privati. Ciò in quanto l'OIL continua a individuare, quale regime ideale del collocamento, quello caratterizzato dal monopolio degli organismi pubblici. Le radicali trasformazioni che hanno interessato il mercato del lavoro nel corso del tempo hanno, però, evidenziato l'impossibilità di realizzare l'incontro tra domanda e offerta del lavoro esclusivamente per il tramite del servizio pubblico. Da qui l'emanazione della Convenzione n. 181 del 1997, ratificata in Italia il 1° febbraio 2000 e caratterizzata dalla liberalizzazione del mercato del lavoro, attraverso l'incentivazione delle agenzie private, i cui limiti e vincoli devono essere dettati dalle singole normative nazionali. Sul punto si vedano in dottrina E. SALSÌ, *Pubblico e privato nella gestione del collocamento: la Convenzione O.I.L. n. 181/1997*, in *Dir. relaz. ind.*, 1998, II, 161 ss.; P. ICHINO, *Pubblico e privato nel mercato del lavoro: i nuovi termini del problema*, in *Lavoro interinale e servizi per l'impiego*, *Quad. dir. lav. rel. ind.*, Milano, 1995, 4 ss.

<sup>(390)</sup> Un ruolo ancor più forte e decisivo è stato svolto dalla Corte di giustizia chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione degli artt. 85, 86 e 90 del Trattato di Roma in riferimento alle diverse discipline nazionali. Si ricordano, fra le altre, oltre la pronuncia in materia di lavoro portuale C. giust. Ce, 10 dicembre 1991, causa 179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova v. Siderurgica Gabrielli*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1991, 5889 ss.; C. giust. Ce, 23 aprile 1991, causa 41/90, *Höfner e Elser v. Macrotron*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1991, 1979 ss., sulla normativa tedesca in materia di collocamento di lavoratori con funzioni direttive, nonché le note sentenze in materia di collocamento pubblico italiano: C. giust. Ce, 19 ottobre 1995, causa 111/94, *Job Centre (I)*, in *Foro. it.*, 1995, IV, 77 ss. e C. giust. Ce, 11 dicembre 1997, causa 55/96, *Job Centre (II)*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1997, 7119 ss. In dottrina cfr. E. ALES, *Macrotron II: ovvero la Corte di giustizia "abroga" il monopolio pubblico del collocamento?*, in *Dir. lav.*, 1998, II, 93 ss.; P. ICHINO, *La fine del regime di monopolio statale dei servizi di collocamento*, in *Riv. dir. lav.*, 1998, II, 24 ss.; M. ROCCELLA, *Mercato del lavoro e lotta ai monopoli: appunti sulla giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, I, 3 ss.; M. ROCCELLA, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, 1997, 32 ss.; S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni casi esemplari della Corte di Giustizia europea*, in *Dir. merc. lav.*, 2000, n. 3, 587 ss.; S. SCIARRA (Ed.), *Labour Law in the Courts: National Judges and the European Court of Justice*, Oxford, 2000; F. CAPELLI, *Il monopolio nazionale dei servizi di collocamento alla luce del diritto comunitario della concorrenza*, in *Riv. dir. lav.*, 1995, I, 23 ss.; G. RICCI, *Il controverso rapporto fra i principi comunitari della concorrenza e normative nazionali del lavoro: il caso Job Centre II*, in *Dir. relaz. ind.*, 1998, n. 2, 145 ss.

<sup>(391)</sup> Ciò avveniva sulla base del combinato disposto degli abrogati artt. 110-111 del c. nav. In dottrina v. O. BONARDI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Milano, 2001, 321-325.

A seguito delle descritte evoluzioni del sistema, oggi il modello della fornitura temporanea di lavoro portuale, previsto dal legislatore nella legge n. 84 del 1994, mantiene le sue specificità<sup>(392)</sup>, facendo affidamento in via residuale al modello generale di somministrazione di manodopera delineato dal d.lg. n. 276 del 2003<sup>(393)</sup>, a cui la legge del 1994, anche laddove fa riferimento alla precedente normativa dettata dalla l. n. 196 del 1997, oggi rinvia, in virtù di apposita previsione dettata proprio nel quadro del d.lg. n. 276 del 2003<sup>(394)</sup>.

Così l'istituto della fornitura di lavoro permette ai soggetti autorizzati allo svolgimento delle operazioni e dei servizi portuali di usufruire di una prestazione di lavoro, senza che ciò implichi l'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato. Invero, il modello triangolare, che caratterizza e distingue la disciplina generale della fornitura professionale di manodopera, è sostanzialmente riprodotto nella disciplina speciale per i porti<sup>(395)</sup>. La forza lavoro viene acquisita attraverso un contratto commerciale stipulato tra due imprenditori, avente oggetto la fornitura di lavoro portuale temporaneo.

Da un lato avremo un soggetto, denominato somministratore e autorizzato dall'autorità portuale (o marittima) a svolgere l'attività di fornitura di manodopera<sup>(396)</sup>, titolare del rapporto contrattuale con il lavoratore, mentre, dall'altro, avremo l'utilizzatore, ossia colui il quale sarà l'effettivo beneficiario della prestazione di lavoro. Il primo si interpone fra l'impresa che effettivamente utilizza, per un tempo e per esigenze limitate, la prestazione, e il lavoratore, che viene somministrato.

### 3. La trasformazione delle compagnie in società e cooperative portuali: l'incidenza del diritto comunitario della concorrenza.

Nell'individuato ambito della fornitura di manodopera nei porti, un ruolo centrale è svolto dalle società e cooperative portuali, introdotte dalla già citata legge n. 84 del 28 gennaio 1994. Il soggetto denominato *cooperativa* portuale sostituisce, infatti la *compagnia* portuale, che, in precedenza, oltre a essere il soggetto imprenditoriale primario nell'ambito delle operazioni portuali, forniva *obbligatoriamente e in via esclusiva* il personale agli operatori portuali. Le attività della

<sup>(392)</sup> Cfr. Tar Lazio Roma, sez. III *ter*, 26 gennaio 2004, n. 710, in *Dir. maritt.*, 2006, 1, 220.

<sup>(393)</sup> Sulla somministrazione di manodopera, v., oltre agli autori citati in precedenza, P. BELLOCCHI, *La somministrazione di lavoro: profili generali*, in *Dir. lav.*, 2005, I, 35 ss.; M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, II, Milano, 2004; P. CHIECO, *Delocalizzazione della subordinazione e somministrazione di lavoro: gli effetti, i rimedi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, 339 ss.; P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore di terzo*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il d.lgs. n. 276/2003*, Bari, 2004, 91 ss.; P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco. Art. 29 Appalto*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004; R. ROMEI, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, 403 ss.; V. SPEZIALE, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI, (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, 275 ss.

<sup>(394)</sup> Art. 86, quinto comma, d.lg. n. 276 del 2003, per cui: «Ferma restando la disciplina di cui all'articolo 17, primo comma, della legge 28 gennaio 1994, n. 84, come sostituito dall'articolo 3 della legge 30 giugno 2000, n. 186, i riferimenti che lo stesso articolo 17 fa alla legge 24 giugno 1997, n. 196, si intendono riferiti alla disciplina della somministrazione di cui al presente decreto».

<sup>(395)</sup> Cfr., in tal senso, Tar Lazio Roma, sez. III *ter*, 26 gennaio 2004, n. 714.

<sup>(396)</sup> Art. 17, secondo comma, l. n. 84 del 1994.

compagnia spaziavano dall'appalto di servizi, alla fornitura di personale, al suo collocamento e avviamento<sup>(397)</sup>.

Una simile situazione, si poneva, in tutta evidenza, in netto contrasto con il diritto comunitario della concorrenza, il quale individua, fra gli strumenti necessari al raggiungimento degli obiettivi fissati nell'art. 2 TCE<sup>(398)</sup>, proprio: «*un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno*» (art. 3, lettera g del Trattato) e a tal fine prevede un'apposita disciplina in materia<sup>(399)</sup>.

Ne sono discese molteplici occasioni di conflitto tra i sistemi nazionali e diritto comunitario della concorrenza, caratterizzato da disposizioni che impongono la rimozione dei regimi di monopolio, il controllo sugli aiuti da parte degli Stati alle imprese e il divieto di abuso di posizione dominante e che, quindi, hanno avuto un forte impatto sugli ordinamenti del lavoro degli Stati membri<sup>(400)</sup>. Questo fenomeno, definito da alcuni Autori, di «*infiltrazione*»<sup>(401)</sup> dei principi della libertà del mercato nel diritto del lavoro, ha cominciato a prendere piede a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta.

In particolare, è possibile delineare tre livelli di incidenza delle politiche comunitarie in materia di concorrenza sul diritto del lavoro<sup>(402)</sup>. Si tratta: del divieto delle intese e dell'abuso di posizione dominante (artt. 81 e 82 TCE); della disciplina delle imprese pubbliche incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale (art. 86 TCE)<sup>(403)</sup>; e, infine, del regime degli aiuti pubblici alle imprese (artt. 87-88 TCE).

<sup>(397)</sup> Cfr. S. M. CARBONE, *Le Compagnie portuali: natura, funzioni, responsabilità*, in *Lav. dir.*, 1987, 525 ss.

<sup>(398)</sup> Per ragioni di carattere sistematico, si farà riferimento alla numerazione utilizzata nel Trattato di Amsterdam.

<sup>(399)</sup> Si tratta, come noto, della disciplina contenuta nel capo I del titolo VI del TCE, rubricato «*Regole di concorrenza*», suddivisa in due sezioni: la prima, che comprende gli artt. 81-86, relativa alle regole di concorrenza applicabili alle imprese e la seconda, che comprende gli artt. 87-89, relativa alle regole di concorrenza applicabili agli Stati membri. Sul tema v. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2001, 525 ss.; A. TIZZANO, *Il diritto privato dell'Unione Europea*, II, Torino, 2000, 1211 ss.; G. P. ORSELLO, *Il diritto dell'Unione europea*, Padova, 1999, 695 ss.

<sup>(400)</sup> Cfr. M. D'ANTONA, *Sistema giuridico comunitario*, in A. Baylos Grau, B. Caruso, M. D'Antona, S. Sciarra (a cura di), *Dizionario del diritto del lavoro comunitario*, Bologna, 1996, 21 ss.; M. ROCCELLA, *Tutela della concorrenza e diritti fondamentali nella giurisprudenza sociale della Corte di giustizia*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, 1 ss.

<sup>(401)</sup> Cfr. G. LYON CAEN, *L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *Droit Ouvrier*, 1992, 313, ripreso da S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003, 84.

<sup>(402)</sup> Cfr. G. MELIADÒ, *Concorrenza e politiche sociali*, in A. BAYLOS GRAU, B. CARUSO, M. D'ANTONA, S. SCIARRA (a cura di), *Dizionario del diritto del lavoro comunitario*, cit., 281 ss.

<sup>(403)</sup> La nozione di servizi di interesse economico generale, contenuta nel par. 2 dell'art. 90 del Trattato CE, numerato, a seguito del Trattato di Amsterdam, nella versione consolidata del Trattato CE al numero 86, non è definita nel Trattato o nella normativa comunitaria derivata. Tuttavia, dapprima nel Libro verde [COM(2003) 270 del 21.5.2003] e, successivamente, nel Libro Bianco [COM(2004) 374 definitivo] della Commissione sui servizi di interesse generale, si osserva che nella prassi comunitaria: «vi è ampio accordo sul fatto che l'espressione si riferisce a servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico». È solo il caso, altresì, di rilevare come sulla scorta della nozione descritta, la Commissione Europea, nel Libro Bianco [COM(2004) 374 definitivo] e nella Comunicazione sull'Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea [COM(2006) 177 definitivo] abbia ricavato la più ampia definizione di servizi di interesse generale, nell'ambito della quale rivestono fondamentale rilevanza i cd. servizi sociali di interesse generale, che fondandosi sul principio di solidarietà, si concentrano sulla persona e garantiscono che i cittadini possano beneficiare in maniera concreta dei propri diritti fondamentali e contare su un elevato livello di protezione sociale.

Il primo aspetto rappresenta uno degli assi portanti della costruzione comunitaria e individua una stretta correlazione con il principio della libera circolazione delle merci e delle attività<sup>(404)</sup>. Sia il divieto di intese, sia la normativa in materia di abuso di posizione dominante sono tese a realizzare una libera concorrenza fra le imprese, strumento essenziale per garantire il progresso e il benessere generale, non solo dei consumatori, ma dello stesso mercato. Alla base della disciplina in questione, infatti, c'è la convinzione che, se lasciato a se stesso e senza norme di controllo, il mercato è destinato inevitabilmente a regredire a causa di eventi patologici quali abusi e restrizioni; da qui la necessità di un intervento teso a evitare in primo luogo, le intese fra le imprese e in secondo luogo, l'abuso di posizione dominante.

Ai sensi dell'art. 81 TCE, sono considerate intese e, pertanto, ritenute incompatibili con il mercato comune, «*tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra gli Stati membri e che abbiano per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune*»<sup>(405)</sup>.

Lo stesso art. 81, al n. 3, prevede, però, la possibilità per alcune intese, di essere esentate dal divieto in questione. Affinché trovi applicazione l'esenzione, è necessario che l'intesa presenti determinati presupposti. In particolare deve: contribuire al miglioramento della produzione o della distribuzione dei prodotti oppure, in alternativa promuovere il progresso tecnico o economico; non deve altresì imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi e infine, non deve eliminare la concorrenza in un ambito sostanziale del settore merceologico di riferimento<sup>(406)</sup>.

Relativamente alla posizione dominante, è opportuno precisare che, in virtù dell'art. 82 TCE, ciò che è considerato incompatibile con il mercato comune e, pertanto, vietato, non è la posizione dominante di un'impresa in sé, bensì il suo sfruttamento abusivo, che pregiudica il commercio degli Stati membri.

L'art. 81 contiene, dunque, un divieto derogabile, stante la possibilità di esenzioni, così come previsto al n. 3 dello stesso; mentre, l'art. 82 impone un divieto di carattere assoluto<sup>(407)</sup>.

Il vincolo del rispetto delle regole di concorrenza così come delineate, non vale solo per le imprese, ma è rivolto anche agli Stati che, pertanto, non possono porre in essere comportamenti o adottare misure che pregiudichino la disciplina comunitaria in materia di concorrenza. Non a

<sup>(404)</sup> Cfr., in tal senso, A. PIZZOFERRATO, *Libertà di concorrenza tra imprese: i vincoli del diritto sociale*, in F. Carinci e A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'unione europea*, Milano, 2010, 173 ss.

<sup>(405)</sup> Sul divieto di intese recanti pregiudizio alla concorrenza si vedano, fra gli altri, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., 538 ss.; A. PIZZOFERRATO, *Libertà di concorrenza tra imprese: i vincoli del diritto sociale*, cit., 176 ss. Sulla nozione di intesa rilevante ai fini della normativa comunitaria v., nella giurisprudenza comunitaria: C. giust. Ce, 20 giugno 1978, causa 28/77, *Tepea*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1978, 1391; C. giust. Ce, 27 gennaio 1987, causa 45/85, *Verband der Sachversicherer*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1978, 405 ss.; C. giust. Ce, 14 luglio 1981, causa 172/80, *Züchner*, in *Racc. giur. C. giust.* 1981, 2521 ss.

<sup>(406)</sup> Sui presupposti dell'esenzione ex art. 81, n. 3 v. C. giust. Ce, 11 luglio 1985, causa 42/85, *Remia*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1985, 2545 ss.; C. giust. Ce, 25 ottobre 1977, causa *Metro*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1977, 1875 ss.; C. giust. Ce, 27 gennaio 1987, causa 45/85, *Verband der Sachversicherer*, cit., 405 ss.; C. giust. Ce, 25 marzo 1981, causa 61/80, *Coöperative Stremsel*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1981, 851 ss.

<sup>(407)</sup> Cfr. A. PIZZOFERRATO, *Libertà di concorrenza tra imprese: i vincoli del diritto sociale*, cit., 174.

caso, a completamento del suddetto quadro normativo, l'art. 86 TCE prevede che le regole della concorrenza trovino applicazione anche: 1) alle imprese pubbliche e a quelle alle quali lo Stato riconosca diritti speciali ed esclusivi; nonché 2) alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale<sup>(408)</sup>. Mentre le prime sono completamente equiparate alle imprese private, per le seconde l'osservanza delle regole di concorrenza è prevista: «nei limiti in cui la applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata» (art. 86, par. 2 TCE)<sup>(409)</sup>.

L'ultimo aspetto della disciplina comunitaria della concorrenza che ha avuto un particolare rilievo sulle normative in materia di diritto del lavoro degli Stati membri è quello relativo agli aiuti pubblici alle imprese. Anche relativamente a queste ultime, l'art. 87 TCE contiene un divieto di carattere relativo, poiché da un lato, al n. 2 e 3 della norma sono espressamente indicati degli aiuti considerati, rispettivamente, compatibili con il trattato o potenzialmente compatibili; dall'altro, anche qualora si tratti di un aiuto che non rientri nei casi suddetti, il presupposto affinché operi il divieto è che l'aiuto sia idoneo a falsare la concorrenza<sup>(410)</sup>. L'art. 87 TCE ha avuto un rilevante impatto soprattutto sulle politiche nazionali dell'occupazione, poiché le misure dei singoli Stati membri destinate al sostegno delle imprese potenzialmente possono costituire un aiuto pubblico<sup>(411)</sup>.

Uno degli ambiti all'interno dei quali l'impianto normativo descritto ha esercitato grande influenza è rappresentato dal settore portuale.

<sup>(408)</sup> Per un approfondimento circa l'interpretazione dell'art. 86 e la sua evoluzione si veda S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, cit., 202 ss.

<sup>(409)</sup> Sull'applicazione limitata dell'art. 86 alle imprese di gestione dei servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale v. C. giust. Ce, 23 ottobre 1997, causa 157/94, *Commissione c. Paesi Bassi*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1997, 5699 ss.; C. giust. Ce, 30 gennaio 1974, causa 127/73, *Belgische Radio en Televisie*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1974, 51 ss.; C. giust. Ce, 23 ottobre 1997, causa 159/94, *Commissione c. Francia*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1997, 5815 ss.

<sup>(410)</sup> Ai fini della definizione della nozione di aiuto, la Commissione e la Corte hanno elaborato un sistema di analisi che si basa sulla valutazione di quattro circostanze: il vantaggio economico derivante dall'aiuto all'impresa; l'incidenza della misura sul commercio intracomunitario; la sua destinazione solo ad alcune imprese o alla totalità e infine, il trasferimento di risorse statali. Cfr. C. giust. Ce, 15 marzo 1994, causa 387/92, *Banco Exterior de España*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1994, 877 ss.; C. giust. Ce, 10 luglio 1986, causa 40/85, *Belgio c. Commissione*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1986, 2321 ss.; C. giust. Ce, 13 luglio 1988, causa 102/87, *Francia c. Commissione*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1988, 4077 ss.; C. giust. Ce, 21 marzo 1990, causa 142/87, *Belgio c. Commissione*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1990, 959 ss.; C. giust. Ce, 14 ottobre 1987, causa 248/84, *Germania c. Commissione*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1987, 4013; C. giust. Ce, 21 marzo 1991, causa 303/88 e causa 305/88, *Italia c. Commissione*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1991, 1433 ss. In dottrina, v., per tutti, M. TIRABOSCHI, *Incentivi alla occupazione, aiuti di Stato, diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2002.

<sup>(411)</sup> Sul punto si è sviluppata una copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia, intervenuta più volte su numerosi contrasti tra Commissione e Stati membri, proprio sulla natura di aiuti pubblici delle misure nazionali a sostegno dell'occupazione. V., fra le altre: C. giust. Ce., 26 settembre 1996, causa 241/94, *Repubblica francese v. Commissione*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1996, 4551; C. giust. Ce, 17 giugno 1996, causa 75/97, *Regno del Belgio v. Commissione*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1996, 3693; C. giust. Ce, 5 ottobre 1999, causa 251/97, in *Racc. giur. C. giust.*, 1999, 6656. La questione ha interessato anche l'Italia, con particolare riferimento al regime contributivo di favore previsto alle imprese per le assunzioni con contratto di formazione e lavoro, sul quale si è espressa la Corte di giustizia con la sentenza 7 marzo 2002, causa 310/99, *Repubblica italiana v. Commissione*, in *Racc. giur. C. giust.*, 2002, 2289. Sul tema v. M. ROCCELLA e T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Padova, 2007, 166-171; M. TIRABOSCHI, *Aiuti di Stato e contratti di formazione e lavoro nella decisione della Corte di Giustizia del 7 marzo 2002: sentenza annunciata, risultato giusto*, in *Riv. dir. lav.*, 2002, II, 435 ss.; M. DELFINO, *I contratti di formazione e lavoro nella disciplina comunitaria*, in M. Rusciano (a cura di), *Problemi giuridici del mercato del lavoro*, Napoli, 2004, 111 ss.

La Corte di giustizia, infatti, ha censurato la disciplina italiana del lavoro portuale con particolare riferimento al dato della coincidenza, nella compagnia portuale, del ruolo di imprenditore all'interno del porto e di unico somministratore di manodopera<sup>(412)</sup>. Il riferimento è alla celebre sentenza C. giust. Ce 10 dicembre 1991, causa 179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova c. Siderurgica Gabrielli* (d'ora in avanti, *Merci Convenzionali*), con la quale il giudice comunitario ha rimarcato l'esigenza un nuovo assetto organizzativo del lavoro nei porti italiani, compatibile con il diritto comunitario della concorrenza<sup>(413)</sup>.

Per comprendere appieno l'impatto della pronuncia richiamata, è necessario soffermarsi sulla situazione italiana preesistente. Ai sensi degli artt. 110 e 111 c. nav., i lavoratori addetti alle operazioni portuali dovevano costituirsi in compagnie alle quali il legislatore italiano riservava, in via esclusiva, l'esecuzione delle operazioni di imbarco, sbarco, trasbordo, e movimentazione in genere di merci nei porti. Accanto alle compagnie, operavano le imprese che avevano in concessione l'esecuzione delle operazioni portuali per conto terzi e che, in sostanza, svolgevano la loro attività in regime di monopolio.

Nel corso degli anni, però, l'innovazione tecnologica ha modificato profondamente la realtà portuale, rendendo obsoleta la relativa disciplina e necessario un intervento da parte del legislatore<sup>(414)</sup>. In particolare, l'introduzione di nuovi sistemi di trasporto, unitamente al processo di meccanizzazione della maggior parte delle operazioni d'imbarco e sbarco, hanno portato a una forte riduzione del ricorso alla manodopera portuale.

A ciò si aggiunga l'ulteriore circostanza che le compagnie, al fine di proteggere gli interessi della loro categoria di fronte al rischio di una riduzione delle offerte di lavoro, ponevano spesso in essere comportamenti atti a indurre le imprese operanti nel porto ad avvalersi dei loro servizi, pagando le relative tariffe, anche in mancanza di effettivo utilizzo di tutte o di parte delle relative prestazioni di lavoro<sup>(415)</sup>.

In un quadro del genere, la sentenza *Merci convenzionali* ha reso palese il contrasto tra la disciplina italiana contenuta nel codice della navigazione e il diritto comunitario della concorrenza.

La Corte di giustizia, infatti, è stata chiamata a pronunciarsi nel corso di un contenzioso sorto tra la *Merci Convenzionali Porto di Genova s.p.a.*, impresa alla quale era affidato l'esercizio delle operazioni portuali nel porto di Genova, e la *Siderurgica Gabrielli s.p.a.* Quest'ultima, pur avendo noleggiato un'imbarcazione dotata delle attrezzature necessarie per lo sbarco diretto del carico, si

<sup>(412)</sup> Cfr. E. MINALE COSTA, *Il diritto del lavoro nei porti*, cit., 47 ss.; R. LONGOBARDI, *L'ordinamento giuridico del lavoro portuale alla luce del diritto comunitario*, in *Mass. dir. lav.*, 1992, 397.

<sup>(413)</sup> C. giust. Ce 10 dicembre 1991, causa 179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova c. Siderurgica Gabrielli* in *Racc. giur. C. giust.*, 1991, 5889 ss. Per un commento alla sentenza v. F. MUNARI, *Compagnie portuali, imprese concessionarie e operazioni di imbarco e sbarco: il diritto comunitario e la Corte di Giustizia*, cit., 1128 ss.; C. MEDINA, *Le norme del codice della navigazione sul monopolio delle compagnie portuali e sull'esercizio da parte di imprese di operazioni portuali per conto terzi alla luce dei principi fondamentali del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea: il giudizio della Corte del Lussemburgo*, in *Dir. maritt.*, 1992, 677 ss.; S. M. CARBONE e F. MUNARI, *Legge italiana di riforma dei porti e il diritto comunitario*, in *Foro it.*, 1994, IV, 367 ss.

<sup>(414)</sup> Cfr. S. M. CARBONE, *Compagnie: vecchie e nuove*, in *Dir. maritt.*, 1998, 235 ss.

<sup>(415)</sup> Il caso che destò maggiore clamore negli anni sessanta, fu quello della nave *Butterfly* la quale, pur dotata di un impianto meccanizzato che permetteva il carico e lo scarico automatico delle merci, fu costretta, nel porto di La Spezia, a pagare il corrispettivo di prestazioni non richieste e non effettuate. Sul caso si sviluppò un noto contenzioso, v. Trib. Genova, 13 maggio 1961, in *Dir. maritt.*, 1961, 343 ss.; App. Genova, 30 dicembre 1965, in *Giur. it.*, 1967, I, s. II, 45 ss., con nota di E. GUICCIARDI, *Il caso della "Butterfly" e la competenza giurisdizionale*; Cass. S.U., 26 febbraio 1969 n. 621, in *Foro it.*, 1969, I, 3252 ss., con nota di F. PELLEGRINO.

era rivolta, nel rispetto della riserva dell'art. 110 c. nav., alla Merci Convenzionali per caricare una partita di acciaio proveniente dall'allora Repubblica Federale di Germania.

Tuttavia, a causa di una serie di scioperi dei lavoratori portuali, si verificò un ritardo nella consegna del carico che spinse la Siderurgica Gabrielli a rivolgersi all'autorità giudiziaria per ottenere, con decreto ingiuntivo, l'immediato rilascio della merce. La Merci Convenzionali, però, si oppose al provvedimento emesso dal Tribunale di Genova, dando luogo, così, a un contraddittorio nel corso del quale la Siderurgica Gabrielli chiese, oltre al risarcimento del danno derivante dal ritardo nella consegna della partita di acciaio, anche la ripetizione delle somme pagate alla Merci Convenzionali per le prestazioni imposte dall'art. 110 c. nav.

A fronte di una simile situazione, il giudice nazionale ritenne opportuno proporre rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, al fine di accertare la compatibilità della disciplina portuale italiana con il diritto comunitario e in particolare, con le disposizioni previste dagli allora artt. 7, 30, 85, 86 e 90 del Trattato CE.

Nel corso del giudizio, la Corte ha individuato i motivi di contrasto della normativa portuale italiana con le disposizioni del Trattato.

In primo luogo, problemi di compatibilità sono stati evidenziati in relazione alle modalità di iscrizione dei lavoratori nei registri delle compagnie. Infatti, tale iscrizione, indispensabile per l'esercizio delle operazioni portuali, era riservata solo a coloro che erano in possesso della cittadinanza italiana. È noto, invece, che l'ordinamento comunitario prevede, tra i suoi principi fondamentali, il divieto di porre in essere discriminazioni basate sulla nazionalità<sup>(416)</sup>. A tale proposito, la Corte ha precisato che gli operatori portuali sono considerati, dall'ordinamento comunitario, come lavoratori subordinati, nei confronti dei quali, pertanto, deve trovare applicazione la specifica previsione dell'art. 48, (numerato art. 39 TCE) del Trattato Ce<sup>(417)</sup>.

Ulteriori profili di contrasto sono stati rilevati, com'era prevedibile, in riferimento alla previsione dell'art. 110, ultimo comma, c. nav. che, riservando alle compagnie il monopolio delle operazioni portuali, permetteva loro di operare in assenza di qualsiasi forma di concorrenza<sup>(418)</sup>.

<sup>(416)</sup> Si tratta, in particolare, dell'art. 7 del Trattato Ce che esprime il divieto in termini generali e degli artt. 48 e 52, Trattato Ce per ciò che attiene, più in particolare, ai lavoratori subordinati e autonomi. Sul tema del divieto di discriminazioni sulla base della nazionalità e, più in generale, sul principio comunitario di non discriminazione v. M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007; P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, 75 ss.; J. CRUZ VILLALON, *Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario*, in *Dir. lav. relaz. ind.*, 2003, 351 ss.; F. GUARRIELLO, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in *Dir. lav. relaz. ind.*, 2003, n. 2-3, 341 ss.; J. L. GOÑI SEIN, *Libertà di circolazione e divieto di discriminazione*, in A. Baylos Grau, B. Caruso, M. D'Antona, S. Sciarra (a cura di), *Dizionario del diritto del lavoro comunitario*, cit., 367 ss.; F. SORRENTINO, *L'uguaglianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Pol. dir.*, 2001, 179 ss.; F. GHERA, *Il principio di uguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003, ss.; L. PIGNATARO, *Il principio di non discriminazione nelle fonti comunitarie primarie e la sua declinazione nella regolamentazione derivata (la direttiva 2000/78/CE e la direttiva 2000/43/CE)*, in F. Carinci e A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'unione europea*, cit., 401 ss.

<sup>(417)</sup> Favorevole a una tale ricostruzione, in dottrina, già U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967, 273; *contra* V. FRALLICCIARDI, *Il contratto di lavoro nautico e portuale*, in D. Napoletano (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'elaborazione giurisprudenziale*, Roma, 1970, 232.

<sup>(418)</sup> Cfr. E. MINALE COSTA, *Il diritto del lavoro nei porti*, cit., 85 ss.

Sul punto la Corte ha affermato che le imprese che fruiscono di un monopolio legale su una parte sostanziale del mercato comune occupano, ai sensi dell'art. 86 del Trattato Ce (numerato art. 82 TCE), una posizione dominante<sup>(419)</sup>. E questa era appunto la situazione esistente nei porti italiani che, come affermato dalla stessa Corte, rivestivano e rivestono tuttora, per il traffico marittimo comunitario, una rilevanza particolare.

Ora, l'aver attribuito, attraverso l'art. 110 c. nav., a imprese e compagnie portuali una posizione dominante su parte del mercato comune non costituiva di per sé una violazione del diritto comunitario, poiché, come detto, ciò che è vietato, in base alle disposizioni degli artt. 86 e 90, n. 1 (oggi numerati rispettivamente artt. 82 e 86 TCE) del Trattato Ce, è l'abuso di tale posizione<sup>(420)</sup>.

La normativa italiana consentiva, però, proprio l'abuso di posizione dominante da parte delle compagnie. Invero, era noto che in molte occasioni le compagnie, imponendo condizioni di transazione non eque, limitando lo sviluppo tecnico o compiendo discriminazioni tra gli operatori economici, ponevano in essere pratiche abusive ai sensi dell'art. 86, secondo comma, (numerato art. 82, secondo comma, TCE) del Trattato Ce<sup>(421)</sup>.

Inoltre, le compagnie spesso imponevano l'impiego di manodopera anche dove non necessario o in eccesso rispetto al reale fabbisogno. Ancora, stabilivano tariffe forfettarie che comprendevano il pagamento di prestazioni non richieste e, talvolta, neppure effettuate, oppure, per tutelare i livelli occupazionali, si rifiutavano di utilizzare nuove e più moderne attrezzature, o comunque prevedevano maggiorazioni tariffarie per le operazioni eseguite con mezzi meccanici. Tutti comportamenti, quindi, che, secondo la Corte, oltre a essere in contrasto con le norme in materia di concorrenza, violavano le disposizioni dell'art. 30 (numerato art. 28 TCE) del Trattato Ce<sup>(422)</sup>.

La Corte, infatti, ha osservato che i disagi e i costi ulteriori a carico degli operatori economici che si avvalevano delle strutture portuali italiane, si traducevano, alla fine, in aumenti dei prezzi dei beni di consumo. Pertanto, la disciplina portuale italiana, rendendo più oneroso il commercio dei prodotti provenienti dagli altri Stati membri, realizzava quella che viene definita una misura di

<sup>(419)</sup> V. punto 4 della sentenza in esame. È solo il caso di ricordare che la giurisprudenza comunitaria ha espressamente definito la posizione dominante come una «potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori» (C. giust. Ce, 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann La Roche*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1979, 461 ss.; C. giust. Ce, 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1978, 207 ss.).

<sup>(420)</sup> In questo senso cfr. sentenze Trib. Ce, 22 ottobre 1997, cause 213/95 e 18/96, *Stichting e FNK*, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). In dottrina v. A. PAPPALARDO, *Concorrenza, intese, concentrazioni, posizioni dominanti nel diritto comunitario*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, Torino, 1988, 357 ss.; V. G. MARENCO, *Le due anime dell'art. 86 del Trattato C.e.e.*, in *Dir. comunit. scambi intern.*, 1986, 11 ss.

<sup>(421)</sup> La giurisprudenza della Corte di giustizia è intervenuta tanto sulla nozione di abuso di posizione dominante ex art. 82, primo comma, quanto sull'elenco di pratiche abusive contenute al secondo comma della stessa norma. Circa il primo profilo, deve intendersi per abuso di posizione dominante: «il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito» (C. giust. Ce, 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann La Roche*, cit., 465. Per quanto attiene al secondo comma dell'art. 82, la Corte ha confermato che le pratiche abusive indicate rappresentano un mero elenco esemplificativo «nel quale non sono compresi tutti i modi di sfruttamento abusivo della posizione dominante vietati dal trattato» (punto 26 della sentenza C. giust. Ce, 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage e Continental Can c. Commissione*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1973, 215 ss.).

<sup>(422)</sup> La Corte, infatti, già in precedenti pronunce aveva affermato che «in ogni caso un provvedimento nazionale che finisca col facilitare uno sfruttamento abusivo di posizione dominante atto a pregiudicare il commercio intracomunitario sarà di regola incompatibile con gli art. 30 e 34» (C. giust. Ce, 16 novembre 1977, causa 13/77, *Inno c. ATAB*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1977, 2115 ss.).

effetto equivalente alle restrizioni alle importazioni e poneva, così, un ostacolo alla libera circolazione delle merci all'interno della Comunità<sup>(423)</sup>.

La Corte, infine, ha escluso che simili violazioni potessero essere giustificate invocando l'art. 90, n. 2 del Trattato Ce (numerato art. 86 TCE), che prevede deroghe alla disciplina comunitaria per le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale<sup>(424)</sup>, a patto che l'applicazione delle norme del Trattato possano costituire un ostacolo all'adempimento della missione loro affidata e sempre che lo sviluppo degli scambi non venga compromesso in maniera contraria all'interesse della Comunità. Secondo la Corte, invero, le compagnie portuali non potevano essere ricomprese tra le imprese contemplate dall'art. 90, n. 2 del Trattato Ce, poiché l'esercizio delle operazioni portuali non rivestiva, per la collettività, un interesse particolare rispetto alle altre attività economiche.

La Commissione CE ha fatto proprio l'orientamento della Corte di giustizia, fornendo ulteriori indicazioni al Governo italiano<sup>(425)</sup>. Alla situazione di non conformità con il diritto comunitario è stato posto rimedio con una soluzione legislativa in via d'urgenza<sup>(426)</sup>, alla quale è seguita, a più di un anno di distanza, la legge n. 84 del 1994<sup>(427)</sup>.

<sup>(423)</sup> Cfr. Cass., 14 luglio 2008, n. 19291; Cass., 18 gennaio 2007, n. 1104, in *Dir. trasp.*, 2007, 2, 615, per la quale in seguito all'intervento della Corte di giustizia della Comunità «Ciò che al legislatore nazionale è vietato è la costituzione di un monopolio al riguardo, sia esso in favore di compagnie portuali "tout court", ovvero di compagnie portuali "trasformate", conseguendone, per la normativa interna, che il diritto alla libera concorrenza e alla libera prestazione di servizi non si salvaguarda vietando per tutti l'appalto di mano d'opera all'interno dei porti, bensì assicurando la relativa attività a tutti gli operatori del settore, senza privilegiare un soggetto piuttosto che altri, come le compagnie portuali».

<sup>(424)</sup> Sui servizi di interesse generale la giurisprudenza della Corte di giustizia ha avuto il pregio di segnalare come ricorra il requisito dell'interesse generale allorché il servizio sia da considerarsi volto al soddisfacimento di bisogni di carattere collettivo dei cittadini. La deroga descritta dalla norma, quindi, è legittimata a operare solo ed esclusivamente se la deroga sia invocata: da un soggetto esercitante attività economica e qualificabile come impresa; l'attività costituisca l'esercizio di un servizio di interesse economico generale (come discendente dalla definizione sopra menzionata); il servizio sia stato conferito da una pubblica autorità; la misura nazionale controversa sia considerabile necessaria e proporzionata alla garanzia dell'adempimento dell'oggetto di interesse generale affidato; l'applicazione della deroga non incida sugli scambi intracomunitari in misura contraria all'interesse della Comunità (cfr. C. giust. Ce, 17 febbraio 1993, causa 159-161/91, *Poucet e Priste*; C. giust. Ce, 21 settembre 1999, causa 67/96, *Albany*; C. giust. Ce, 19 settembre 2000, causa 180/98, *Pavlov*; C. giust. Ce, 22 gennaio 2001, causa 218/00, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas*; C. giust. Ce, 24 ottobre 2002, causa 82/01, *Aeroport de Paris*). In dottrina cfr. C. STOFFAES (a cura di), *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général, Rapport de la Initiative pour des services d'Utilité Publique en Europe*, Paris, 1994; M. FREEDLAND, S. SCIARRA (a cura di), *Public Services and Citizenship in European Law. Public and Labour Law Perspectives*, Oxford, 1998; E. MENICETTI, *Servizi sociali e servizi economici di interesse generale*, in S. Sciarra (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano, Profili di diritto interno e comunitario*, Bologna, 2007, 109 ss.

<sup>(425)</sup> Si tratta della lettera del 31 luglio 1992 da parte del Commissario della concorrenza al ministro degli affari esteri italiano, con la quale furono evidenziati con maggiore chiarezza e ampiezza rispetto alla sentenza *Merci convenzionali*, gli elementi di contrasto della normativa italiana rispetto ai principi del diritto comunitario. A tale comunicazione ne sono seguite altre sempre da parte della Commissione in data 10 novembre 1992 e 1° luglio 1993.

<sup>(426)</sup> Ci si riferisce al d.l. 19 ottobre 1992, n. 409, in *G.U.* del 19 ottobre 1992, n. 246, che non solo aboliva la riserva di lavoro portuale, ma favoriva la trasformazione delle compagnie e dei gruppi portuali in senso imprenditoriale.

<sup>(427)</sup> Per il periodo intercorrente tra la sentenza della Corte di giustizia e la nuova normativa organica dettata con la l. n. 84 del 1994 cfr. le sopra citate Cass., 14 luglio 2008, n. 19291; Cass., 18 gennaio 2007, n. 1104, per cui «per il periodo compreso tra il 1990 e il 1994, il lavoro nei porti può essere appaltato a più imprese in concorrenza tra loro, ma non può essere riservato ad una sola impresa appaltatrice di mano d'opera».

Quest'ultima, nell'ottica di dare attuazione al *decisum* di *Merci convenzionali*, ha ridefinito il ruolo delle compagnie e dei gruppi portuali, superando il precedente sistema, anche attraverso l'espressa abrogazione delle norme su cui esso era fondato<sup>(428)</sup>.

La legge impone alle compagnie portuali di trasformarsi in società o cooperative abilitate all'attività di mera fornitura di prestazioni di lavoro e operanti in condizioni di concorrenza con le altre imprese autorizzate ai sensi di quanto disposto dalla medesima normativa<sup>(429)</sup>.

La stessa legge, invero, prescrive che le operazioni portuali possono essere svolte da qualunque imprenditore, il quale può operare per conto proprio o di terzi. L'unico vincolo imposto all'impresa portuale è costituito dall'autorizzazione, che deve essere rilasciata dall'autorità portuale o, in mancanza, dall'autorità marittima, nel rispetto dei criteri indicati nella stessa norma<sup>(430)</sup>.

In tal modo, superato il regime precedente che imponeva di avvalersi esclusivamente delle maestranze costituite in compagnie, il sistema si apre al mercato, in quanto consente ora a imprese private, anche in forma di cooperative, previa apposita autorizzazione, di svolgere attività di fornitura di lavoro portuale temporaneo<sup>(431)</sup>.

Accanto alle *società o cooperative portuali*, un altro soggetto che acquista un rilevante ruolo nella fornitura di manodopera nei porti è rappresentato dalle *autorità portuali*, anch'esse interessate dalla riforma del 1994. Ciò in considerazione del fatto che la disciplina della fornitura di lavoro portuale è largamente influenzata da elementi pubblicistici, legati alla funzione delle attività svolte nell'ambito del porto, bene demaniale di prima importanza. Il diritto della collettività di utilizzare il porto comporta, infatti, che anche i servizi strumentali siano disciplinati nel rispetto delle finalità pubbliche alla cui realizzazione l'uso del porto è funzionale.

Prima della riforma attuata con la legge n. 84 del 1994, i principali porti nazionali erano gestiti da enti portuali, costituiti con apposite leggi<sup>(432)</sup>. Le suddette indicazioni normative, però, non sono state sufficienti per realizzare un modello uniforme di ente portuale; ciò ha determinato la nascita di enti differenti quanto a natura giuridica, a funzioni, a organizzazione e disciplina dell'attività.

In tale quadro, la legge n. 84 del 1994 mantiene un'impostazione tesa alla conservazione di un sistema di controllo delle operazioni portuali, mediante l'istituzione di apposite autorità aventi natura di enti pubblici<sup>(433)</sup>, che sostituiscono i precedenti enti portuali. In particolare, la riforma portuale realizza una separazione fra lo svolgimento delle operazioni portuali, affidate a imprese private e i poteri di controllo e indirizzo delle attività portuali, affidati alle neo-costituite autorità portuali<sup>(434)</sup>.

<sup>(428)</sup> Art. 27, ottavo comma, l. n. 84 del 1994. In particolare, la legge procede all'espressa abrogazione, fra gli altri, degli artt. 110, quinto comma e 111, quinto comma, c. nav. e, a partire dal 120° giorno dalla data di sua entrata in vigore, degli artt. 108, 109, 110, primo, secondo, terzo e quarto comma; artt. 112 e 116, primo comma, n. 2, nonché degli artt. 1171 n. 1, 1172 e 1279 c. nav.

<sup>(429)</sup> Art. 21, primo comma, lett. b) l. n. 84 del 1994.

<sup>(430)</sup> Sul punto v. *infra* § 4.

<sup>(431)</sup> V. *infra* §§ 4 ss.

<sup>(432)</sup> Artt. 19 e 1266 c. nav.

<sup>(433)</sup> Cfr. E. MINALE COSTA, *Il diritto del lavoro nei porti*, cit., 21 ss.

<sup>(434)</sup> Sul punto si veda S. M. CARBONE, *La privatizzazione dei porti e delle attività portuali in Italia tra disciplina nazionale e diritto comunitario*, in *Dir. Ue*, 2000, 1 ss.

La legge costituisce l'autorità portuale soltanto per 18 porti; per i restanti, i relativi compiti sono affidati all'autorità marittima<sup>(435)</sup>.

A seguito della riforma, il soggetto portuale, ente non economico, rinuncia a ogni attività imprenditoriale, perdendo definitivamente la possibilità di essere presente, «né direttamente né attraverso la costituzione o partecipazione in società»<sup>(436)</sup>, nella gestione delle operazioni portuali e di ogni altra attività a esse connessa, dando luogo alla figura dell'autorità portuale con compiti di mero controllo e di gestione, tramite concessioni a terzi delle attività di supporto alla navigazione e di quelle tecnico-manutentive<sup>(437)</sup>. Il principio di separatezza è, dunque, sancito in modo inequivocabile affinché siano garantite all'ente pubblico le tipiche funzioni amministrative e ai soggetti privati lo svolgimento delle attività economiche in ambito portuale.

#### 4. Il ruolo delle autorità portuali nella fornitura di lavoro portuale temporaneo.

Tanto premesso, è opportuno analizzare in modo più dettagliato il ruolo delle autorità portuali nella fornitura di manodopera, come delineato nel mutato quadro legale, in base alle norme dettate dalla legge n. 84 del 1994.

La legge di riforma prevede che le autorità portuali o, laddove non istituite, le autorità marittime, siano chiamate a individuare i servizi portuali ammessi nel porto<sup>(438)</sup> e, al contempo, autorizzano l'erogazione alla fornitura di lavoro portuale temporaneo da parte di quelle imprese da individuare secondo una procedura accessibile a imprese italiane e comunitarie<sup>(439)</sup>.

L'autorizzazione per l'erogazione delle forniture di lavoro portuale temporaneo è rilasciata, entro 120 giorni dall'individuazione dell'impresa stessa, nonché subordinatamente alla verifica dell'insussistenza di determinati elementi di conflitto<sup>(440)</sup>.

L'autorità portuale o marittima che ha rilasciato l'autorizzazione può, altresì, sospenderne l'efficacia o, nei casi più gravi, revocarla, allorché accerti la violazione degli obblighi nascenti dall'esercizio dell'attività autorizzata; nel caso in cui la violazione sia commessa da una agenzia, l'autorità portuale può disporre la sostituzione dell'organo di gestione dell'agenzia stessa<sup>(441)</sup>.

L'autorità portuale o quella marittima sono chiamate a inserire negli atti di autorizzazione per la fornitura di lavoro portuale temporaneo disposizioni volte a garantire un trattamento economico

<sup>(435)</sup> Art. 6, l. n. 84 del 1994.

<sup>(436)</sup> Art. 6, sesto comma, l. n. 84 del 1994.

<sup>(437)</sup> Cfr. A. XERRI, *L'ordinamento giuridico dei porti italiani*, cit., 162 ss.

<sup>(438)</sup> Art. 16, primo comma, l. n. 84 del 1994.

<sup>(439)</sup> Art. 17, secondo comma, l. n. 84 del 1994. È il caso di precisare che, mentre le autorità portuali esercitano le loro competenze in relazione alla fornitura di lavoro portuale temporaneo previa deliberazione del comitato portuale, sentita la commissione consultiva, le autorità marittime, esercitano le loro competenze in materia sentita la commissione consultiva (art. 17, quattordicesimo comma, l. n. 84 del 1994).

<sup>(440)</sup> Art. 17, terzo comma, l. n. 84 del 1994. V. anche *infra* § 5.

<sup>(441)</sup> Art. 17, undicesimo comma, l. n. 84 del 1994, cfr. L. FIORILLO, *Lavoro portuale*, cit., 4 ss.

e normativo minimo inderogabile ai lavoratori somministrati<sup>(442)</sup>, al fine di assicurare la salvaguardia dei lavoratori e a evitare forme di concorrenza fondate sullo sfruttamento del mercato del lavoro<sup>(443)</sup>.

Le autorità portuali sono poi tenute ad adottare appositi regolamenti, al fine di dettare una specifica disciplina per le attività effettuate dalle imprese e agenzie fornitrici di lavoro portuale temporaneo. In particolare, un simile strumento è idoneo a garantire l'osservanza dell'obbligo di parità di trattamento nei confronti delle imprese utilizzatrici e della capacità di prestare le attività secondo i livelli quantitativi e qualitativi adeguati. La legge espressamente indica i contenuti dei regolamenti in questione, che devono prevedere, in primo luogo, i criteri per l'applicazione delle tariffe da approvare dall'autorità portuale o, laddove non istituita, dall'autorità marittima<sup>(444)</sup>.

A questo punto, risulta particolarmente interessante analizzare i regolamenti di alcune autorità portuali e marittime, dai quali emerge la disciplina adottata in tema di tariffe, che comunque risulta aderente al rinvio operato a tali livelli di regolazione dalla legge n. 84 del 1994 e ai principi in essa sottesi.

Così, la tariffa che l'impresa utilizzatrice è tenuta a corrispondere all'impresa fornitrice per ogni lavoratore temporaneo è determinata tenendo conto, da un lato, dell'offerta economica presentata in sede di gara da parte dell'aggiudicatario del servizio e, dall'altro, da quanto riportato nel regolamento emesso dall'autorità portuale<sup>(445)</sup>.

Inoltre, si evince che le suddette tariffe per la fornitura di lavoro temporaneo sono approvate con ordinanza dell'autorità portuale, a seguito della delibera del comitato portuale e sentita la commissione consultiva<sup>(446)</sup>. Le tariffe devono essere omnicomprensive e sono costituite, tra l'altro, dai seguenti elementi: le retribuzioni dirette e indirette rispetto al minimo inderogabile di cui al c.c.n.l. lavoratori dei porti; la copertura assicurativa nel caso di danni provocati all'interno dei *terminals* e ogni altra voce di costo inerente l'operatività. La tariffa deve, inoltre, garantire la copertura dei costi per la formazione e la sicurezza, le spese generali e amministrative, nonché il margine di profitto dell'impresa fornitrice. Le tariffe sono comunque soggette ad aggiornamento

---

(442) Art. 17, tredicesimo comma, l. n. 84 del 1994, così novellato dall'art. 1, ottantanovesimo comma, l. 24 dicembre 2007, n. 247, per cui: «Detto trattamento minimo non può essere inferiore a quello risultante dal vigente contratto collettivo nazionale dei lavoratori dei porti, e suoi successivi rinnovi, stipulato dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori, comparativamente più rappresentative a livello nazionale, dalle associazioni nazionali di categoria più rappresentative delle imprese portuali di cui ai sopracitati articoli e dall'Associazione porti italiani (Assoport)», cfr., in tema, Cons. St., sez. VI, 22 giugno 2006, n. 3821.

(443) Cfr. v. E. MINALE COSTA, *Il diritto del lavoro nei porti*, cit., 119 ss.

(444) Art. 17, decimo comma, l. n. 84 del 1994, per cui: «Detti regolamenti dovranno prevedere tra l'altro: a) criteri per la determinazione e applicazione delle tariffe da approvare dall'autorità portuale o, laddove non istituita, dall'autorità marittima; b) disposizioni per la determinazione qualitativa e quantitativa degli organici dell'impresa di cui al comma 2 e dell'agenzia di cui al comma 5 in rapporto alle effettive esigenze delle attività svolte; c) predisposizione di piani e programmi di formazione professionale sia ai fini dell'accesso alle attività portuali, sia ai fini dell'aggiornamento e della riqualificazione dei lavoratori; d) procedure di verifica e di controllo da parte delle autorità portuali o, laddove non istituite, delle autorità marittime circa l'osservanza delle regolamentazioni adottate; e) criteri per la salvaguardia della sicurezza sul lavoro».

(445) V. art. 7 del *Regolamento per la fornitura di lavoro temporaneo* del porto di Ancona, in [www.porto.ancona.it](http://www.porto.ancona.it).

(446) Qualora l'autorità portuale non sia costituita, le tariffe sono approvate con provvedimento dell'autorità marittima, sentita la commissione consultiva e sono rese pubbliche mediante affissione all'albo della capitaneria di porto, v. sul punto l'art. 19 del *Regolamento amministrativo per la fornitura di lavoro portuale temporaneo* del porto di Molfetta, in [www.porto.molfetta.it](http://www.porto.molfetta.it).

periodico e, qualora se ne ravvisi la necessità, sono modificate dal comitato portuale o dal comandante del porto, sentita la commissione consultiva<sup>(447)</sup>.

In secondo luogo, i regolamenti dei quali si tratta, contengono disposizioni sulla quantità e qualità degli organici dell'impresa o dell'agenzia fornitrice di manodopera temporanea, in rapporto alle effettive esigenze delle attività svolte nel porto. L'impresa autorizzata, infatti, deve poter contare su un organico numericamente e qualitativamente idoneo a soddisfare le richieste delle imprese portuali. Una simile idoneità è determinata proprio dall'autorità portuale o marittima in base alle effettive esigenze delle attività svolte nel porto.

Qualora durante la validità dell'autorizzazione si renda doverosa una variazione dell'organico, sarà necessaria un'apposita delibera del comitato portuale, sentita la commissione consultiva locale, oppure, in alternativa, un provvedimento del comandante del porto<sup>(448)</sup>. Alcuni regolamenti prevedono la possibilità dell'impresa fornitrice autorizzata di provvedere direttamente all'aumento o alla diminuzione del proprio personale nel limite, però, di una percentuale espressamente indicata<sup>(449)</sup>.

Un ulteriore contenuto dei regolamenti attiene ai piani e ai programmi di formazione professionale da adottare in sede di accesso alle attività portuali, di aggiornamento e di riqualificazione dei lavoratori. L'impresa fornitrice, infatti, è tenuta a organizzare corsi di preparazione e aggiornamento professionale per i lavoratori temporanei, sia ai fini dell'accesso alle attività portuali, sia ai fini della riqualificazione dei lavoratori stessi, con particolare riferimento alle esigenze di formazione in materia di sicurezza e igiene del lavoro<sup>(450)</sup>.

Nei regolamenti l'autorità portuale predispone inoltre il rilascio della relativa autorizzazione per lo svolgimento dell'attività di fornitura di manodopera. Si tratta di un'autorizzazione a tempo determinato, con possibilità di proroga, per una sola volta e a istanza del soggetto interessato<sup>(451)</sup>.

Circa l'individuazione del soggetto da autorizzare alla fornitura di lavoro portuale temporaneo, si fa ricorso a una procedura concorsuale promossa dall'autorità portuale, il cui bando di gara è sottoposto all'approvazione del comitato portuale, sentita la commissione consultiva<sup>(452)</sup>. Il soggetto autorizzato non potrà comunque svolgere attività imprenditoriali diverse da quelle indicate in autorizzazione<sup>(453)</sup>.

---

<sup>(447)</sup> V. art. 13 del *Regolamento per la fornitura di lavoro portuale temporaneo* nel porto di Genova, in [www.porto.genova.it](http://www.porto.genova.it).

<sup>(448)</sup> V. art. 2 del *Regolamento per la fornitura di lavoro portuale temporaneo* nel porto di Catania, in [www.porto.catania.it](http://www.porto.catania.it).

<sup>(449)</sup> Si tratta, ad esempio, di quanto stabilito all'art. 2 del *Regolamento per la fornitura di lavoro temporaneo* del porto di Palermo, in [www.porto.palermo.it](http://www.porto.palermo.it).

<sup>(450)</sup> Art. 17, ottavo e decimo comma, lett. c), l. n. 84 del 1994.

<sup>(451)</sup> I regolamenti possono prevedere una particolare ipotesi di sospensione dell'autorizzazione. Si tratta del caso di ingiustificato mancato pagamento delle prestazioni da parte dell'impresa utilizzatrice nei termini indicati dall'autorità portuale. In talune ipotesi, l'impresa fornitrice potrà astenersi dallo svolgere la relativa prestazione a favore dell'utilizzatore inadempiente e ha la facoltà di richiedere all'autorità portuale la sospensione dell'autorizzazione ex artt. 16 e 18 nei loro confronti.

<sup>(452)</sup> Art. 17, secondo comma, l. n. 84 del 1994, per cui la procedura concorsuale deve garantire la partecipazione sia di imprese italiane sia comunitarie.

<sup>(453)</sup> Art. 17, secondo comma, l. n. 84 del 1994 e art. 4, terzo comma, d.m. n. 132 del 2001.

In ultimo, nei regolamenti, le autorità portuali e marittime determinano i criteri per la salvaguardia della sicurezza sul lavoro<sup>(454)</sup>. Ferma la ripartizione degli obblighi in materia di salute e sicurezza tra l'impresa fornitrice e quella utilizzatrice<sup>(455)</sup>, in tale particolare ambito l'autorità portuale, sulla base delle esigenze operative delle imprese richiedenti, determina gli *standard* professionali che l'impresa fornitrice dovrà garantire<sup>(456)</sup>.

L'attività dell'autorità, invero, non è limitata alla sola funzione autorizzatoria assegnata, al di fuori del settore, al Ministero del lavoro dall'art. 4 del d.lg. n. 276 del 2003<sup>(457)</sup>, giacché, inoltre, qualora manchino imprese da autorizzare, promuove l'istituzione di un'apposita agenzia per la fornitura di manodopera portuale, ne controlla l'operato e, ferme restando le competenze dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, ha il potere di sospendere l'efficacia dell'autorizzazione o revocarla nei casi più gravi di violazione degli obblighi nascenti dall'esercizio dell'attività autorizzata<sup>(458)</sup>.

In definitiva, emerge un quadro in cui il ruolo dell'autorità portuale o marittima nell'organizzazione del lavoro temporaneo risulta tanto articolato da costituire un elemento di specialità rispetto alla disciplina generale prevista in materia di fornitura professionale di manodopera.

## 5. L'impresa o agenzia fornitrice di lavoro.

Come già notato, il regime legale di cui all'art. 17 della l. n. 84/94 individua un peculiare sistema autorizzatorio per le imprese che intendano svolgere l'attività di fornitura di lavoro portuale temporaneo<sup>(459)</sup>. Esso si articola sulla base di procedure aperte alla partecipazione delle imprese italiane e comunitarie<sup>(460)</sup>, con l'obiettivo di consentire alle stesse la fornitura temporanea di personale alle imprese utilizzatrici per l'esecuzione delle operazioni portuali (il carico, lo scarico, il trasbordo, il deposito, il movimento in genere delle merci e di ogni altro materiale, svolti nell'ambito portuale) e dei servizi portuali (quelli riferiti a prestazioni specialistiche, complementari e accessorie al ciclo delle operazioni portuali)<sup>(461)</sup>.

Per quanto riguarda i requisiti che le imprese che intendano svolgere attività di fornitura devono possedere, in primo luogo l'oggetto sociale che deve essere rivolto «esclusivamente» alla fornitura di lavoro temporaneo<sup>(462)</sup>. In particolare, le imprese fornitrici non devono svolgere direttamente o indirettamente le attività di esecuzione di operazioni e di servizi portuali, le attività delle

<sup>(454)</sup> Art. 17, decimo comma, lett. e), l. n. 84 del 1994.

<sup>(455)</sup> Sul tema si rinvia al contributo *Sicurezza sul lavoro nei porti* di A. GIURINI, O. LA TEGOLA e L. MIRANDA, in questo stesso volume.

<sup>(456)</sup> V. art. 18 del *Regolamento per la fornitura di lavoro portuale temporaneo nel porto di Genova*, in [www.porto.genova.it](http://www.porto.genova.it) e art. 11 del *Regolamento per la fornitura di lavoro temporaneo del porto di Ancona*, in [www.porto.ancona.it](http://www.porto.ancona.it).

<sup>(457)</sup> Cfr. M. MISCIONE, *Le agenzie per il lavoro*, in M. Miscione, M. Ricci (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, 2004, 130 ss.

<sup>(458)</sup> Sul punto v. *infra* § 10.

<sup>(459)</sup> Art. 17, l. n. 84 del 1994, come modificato dall'art. 3 della l. 30 giugno 2000, n. 186, cfr. E. MINALE COSTA, *Il diritto del lavoro nei porti*, cit., 119 ss.

<sup>(460)</sup> Art. 17, secondo comma, l. n. 84 del 1994.

<sup>(461)</sup> V. art. 16, l. n. 84 del 1994.

<sup>(462)</sup> Cfr. Tar Lazio sez. III, 24 dicembre 2003, n. 13034, in *Dir. trasp.*, 2004, 990, per cui «Alle imprese formate dai lavoratori portuali è preclusa dal comma 2 dell'art. 17 della L. 28 gennaio 1994 n. 84 la possibilità giuridica di fornire sia il lavoro temporaneo che i mezzi

imprese terminaliste, le attività svolte dalle società derivanti dalla trasformazione delle compagnie e dei gruppi portuali per l'esercizio in condizioni di concorrenza delle operazioni portuali, né le loro quote proprietarie devono essere detenute direttamente o indirettamente da (o detenere partecipazioni anche di minoranza in) una o più imprese che svolgono le attività appena menzionate<sup>(463)</sup>.

Le imprese che intendano ricevere l'autorizzazione a fornire lavoro temporaneo portuale devono essere, poi, dotate di «adeguato personale» e «di risorse proprie» con «specificità caratterizzazione di professionalità» nell'esecuzione delle operazioni portuali<sup>(464)</sup>.

L'analisi di tali requisiti induce una riflessione sul diverso e più stringente regime autorizzatorio previsto dalla disciplina generale in tema di somministrazione di manodopera. Questa, invero, contiene una dettagliata serie di requisiti giuridici<sup>(465)</sup> e finanziari, essenziali ai fini dello svolgimento dell'attività di somministrazione, che non trovano applicazione nel settore di nostro interesse, in virtù dell'esplicita eccezione prevista dall'art. 86, quinto comma, del medesimo decreto. Basti pensare, per esempio, al capitale versato non inferiore a 600.000 euro e all'operatività dell'impresa su un territorio non inferiore a quattro regioni<sup>(466)</sup>. Come è stato notato, l'eccezione è giustificata dalla peculiarità del lavoro nei porti, «a pena altrimenti di bloccare il sistema portuale»<sup>(467)</sup>, giacché le imprese di fornitura operanti in tale ambito hanno dimensioni meno rilevanti e la loro attività è spesso circoscritta all'interno del singolo porto.

Con riferimento alla «specificità caratterizzazione di professionalità»<sup>(468)</sup>, di cui si è parlato, è previsto inoltre che le imprese fornitrici realizzino iniziative mirate a soddisfare le esigenze di formazione dei prestatori di lavoro temporaneo, che possono essere finanziate anche attraverso il

---

operativi tra i quali devono essere inclusi anche i mezzi meccanici orizzontali e verticali». Viene da chiedersi se il requisito dell'esclusività non debba essere interpretato anche nel senso di escludere la possibilità delle suddette imprese di svolgere attività di intermediazione di manodopera, come, invece, ammesso dalla disciplina generale, previa apposita autorizzazione. La legge n. 84 del 1994 non fa menzione dell'argomento, lasciando intendere che detta attività può essere svolta soltanto dalle imprese all'uopo autorizzate ai sensi della disciplina generale contenuta nel d.lg. n. 276 del 2003. Una simile conclusione, tuttavia, si pone in contrasto con l'affermazione più volte ripetuta dalla Corte di giustizia della Comunità europea, in forza della quale la limitazione dell'oggetto sociale alla sola attività di interposizione risulta contraria al principio al diritto della concorrenza: v. C. giust. Ce, 19 ottobre 1995, causa 111/94, *Job Centre (I)*, in *Foro. it.*, 1995, IV, 77 ss. e C. giust. Ce, 11 dicembre 1997, causa 55/96, *Job Centre (II)*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1997, 7119 ss. Ciononostante, in favore della legittimità dell'esclusione, potrebbero militare le caratteristiche strutturali peculiari delle imprese o agenzie di fornitura temporanea di lavoro portuale (ridotte dimensioni), le stesse che consentono loro di svolgere il ruolo di impresa utilizzatrice nel caso di carenza di manodopera da fornire direttamente. Sul punto v. *infra* § 7.

<sup>(463)</sup> V. art. 17, secondo comma, l. n. 84 del 1994.

<sup>(464)</sup> Art. 17, terzo comma, l. n. 84 del 1994, che richiama le attività previste nel precedente secondo comma, secondo periodo, del medesimo articolo, per cui: «Detta impresa, che deve essere dotata di adeguato personale e risorse proprie con specifica caratterizzazione di professionalità nell'esecuzione delle operazioni portuali, non deve esercitare direttamente o indirettamente le attività di cui agli articoli 16 e 18 e le attività svolte dalle società di cui all'articolo 21, primo comma, lett. a), né deve essere detenuta direttamente o indirettamente da una o più imprese di cui agli articoli 16, 18 e 21, primo comma, lett. a), e neppure deve detenere partecipazioni anche di minoranza in una o più imprese di cui agli articoli 16, 18 e 21, primo comma, lett. a), impegnandosi, in caso contrario, a dismettere dette attività e partecipazioni prima del rilascio dell'autorizzazione».

<sup>(465)</sup> Art. 5 del d.lg. 276 del 2003. V., anche, d. m. 5 maggio 2004, in tema di requisiti delle Agenzie per il lavoro.

<sup>(466)</sup> Art. 5, secondo comma, d.lg. n. 276 del 2003.

<sup>(467)</sup> M. MISCIONE, *Le agenzie per il lavoro*, cit., 130.

<sup>(468)</sup> Art. 17, terzo comma, l. n. 84 del 1994

fondo appositamente costituito presso il ministero del lavoro e della previdenza sociale, anche con il contributo delle Regioni<sup>(469)</sup>.

Come già notato, nel caso in cui non vi siano imprese autorizzate a svolgere l'attività di fornitura di lavoro temporaneo per l'esecuzione delle operazioni e servizi portuali, l'attività di fornitura è svolta da agenzie promosse dalle autorità portuali o, laddove non istituite, dalle autorità marittime, e soggette al controllo delle stesse. La loro gestione è affidata a un organo direttivo composto dai rappresentanti delle imprese che svolgono operazioni portuali, dalle società derivanti dalla trasformazione delle compagnie e dei gruppi che esercitano le operazioni portuali<sup>(470)</sup>.

Le suddette agenzie, per l'esercizio delle prestazioni di lavoro portuale, sono tenute ad assumere i lavoratori impiegati presso le imprese derivanti dalla trasformazione delle compagnie e dei gruppi portuali che esercitavano servizi portuale e mere forniture di manodopera, che, in virtù del nuovo sistema delineato dalla legge del 1994, cessano la propria attività<sup>(471)</sup>.

#### **6. L'impresa utilizzatrice e il contratto di fornitura di lavoro temporaneo.**

Le imprese utilizzatrici della manodopera somministrata risultano anch'esse soggette ad apposita autorizzazione dell'autorità portuale, o laddove non costituita, dell'autorità marittima, per lo svolgimento delle operazioni e dei servizi portuali espletati per conto proprio o di terzi<sup>(472)</sup>.

È previsto, inoltre, che le imprese autorizzate allo svolgimento delle operazioni e dei servizi portuali, possano ricevere in concessione dall'autorità portuale (o marittima) le aree demaniali e le banchine comprese nell'ambito portuale (imprese terminaliste)<sup>(473)</sup>. Infine, va ricordato che tra le imprese utilizzatrici, autorizzate in condizioni di concorrenza, vi sono anche quelle società derivanti dalla trasformazione, entro il 18 marzo 1995, delle compagnie e gruppi portuali<sup>(474)</sup>.

Quanto poi ai rapporti che legano l'impresa fornitrice e l'utilizzatrice, contrariamente a quanto previsto dalla disciplina generale dettata dal d.lg n. 276 del 2003<sup>(475)</sup>, nella legge n. 84 del 1994 mancano disposizioni particolari in ordine al contratto commerciale di fornitura di lavoro temporaneo tra l'impresa fornitrice e quella utilizzatrice.

Sono, pertanto, i regolamenti delle autorità portuali a dettare alcuni criteri cui le parti devono adeguarsi nella stipulazione del contratto<sup>(476)</sup>.

È dai regolamenti stessi, che viene, per esempio, richiesta la forma scritta e un contenuto minimo necessario del contratto di fornitura. Sono, in molti casi, richiesti il numero dei lavoratori neces-

---

<sup>(469)</sup> Art. 17, ottavo comma, l. n. 84 del 1994.

<sup>(470)</sup> Artt. 16, 18, 21, l. n. 84 del 1994. Si veda, ad es., l'istituzione dell'Agenzia di lavoro temporaneo autorizzata dall'autorità portuale di Livorno, in [www.porto.livorno.it](http://www.porto.livorno.it).

<sup>(471)</sup> Art. 17, quinto comma, l. n. 84 del 1994.

<sup>(472)</sup> Art. 16, terzo comma, l. n. 84 del 1994.

<sup>(473)</sup> Art. 18, primo comma, l. n. 84 del 1994.

<sup>(474)</sup> Art. 21, primo comma, lett. a), l. n. 84 del 1994.

<sup>(475)</sup> Art. 21, d.lg. n. 276 del 2003.

<sup>(476)</sup> V. *supra* § 4.

sari, le mansioni a cui saranno adibiti, il luogo, l'orario e la remunerazione delle prestazioni lavorative, l'assunzione dell'obbligo da parte dell'impresa utilizzatrice, in caso di inadempimento dell'impresa fornitrice, del pagamento diretto a favore del lavoratore del trattamento economico, nonché al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali, fatto salvo il diritto di rivalsa verso l'impresa fornitrice, l'inizio e la durata del contratto<sup>(477)</sup>.

Come è possibile notare, dunque, l'assenza di previsioni in ordine al contratto di fornitura determina una evidente divergenza rispetto al modello legale di carattere generale delineato dal d.lg. 276 del 2003. Nel caso di specie, infatti, oltre ai regolamenti emanati dalle autorità portuali, un ruolo essenziale è conferito alla contrattazione collettiva che, è chiamata a individuare i casi di legittima stipulazione dei contratti di fornitura di manodopera<sup>(478)</sup>. Diversamente dal regime speciale portuale, quello generale, come noto, legittima le ipotesi di somministrazione a termine in virtù di una causale generale, ossia a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo<sup>(479)</sup>.

### 7. L'ipotesi peculiare dell'impresa fornitrice di lavoro portuale come utilizzatrice di manodopera somministrata.

A questo punto, va evidenziata un'ulteriore ed eclatante peculiarità del modello della fornitura del lavoro portuale temporaneo, legata a una particolare ipotesi disciplinata dalla legge<sup>(480)</sup>.

Si tratta del caso in cui un'impresa autorizzata o l'agenzia non abbiano personale sufficiente per far fronte alle richieste di personale temporaneo. In tal caso, il legislatore concede a tali imprese la possibilità di rivolgersi, come utilizzatori, ai soggetti abilitati all'attività di somministrazione di lavoro, ai sensi della normativa generale vigente<sup>(481)</sup>.

In questa circostanza, all'interno dello schema negoziale della somministrazione, l'impresa o l'agenzia portuale ricoprono il ruolo di utilizzatori, mentre quello di fornitore è assunto dall'agenzia esterna all'ambito portuale.

Ovviamente, il ruolo di utilizzatore in questi casi è alquanto peculiare, in ragione del fatto che il diretto interesse all'utilizzazione della prestazione di lavoro non è in capo all'utilizzatore (formale) stesso, ma in capo a un soggetto terzo, che potremmo definire utilizzatore materiale.

Quello delineato dal legislatore è una sorta di duplice collegamento negoziale, che supera lo schema trilaterale tipico del rapporto di lavoro somministrato<sup>(482)</sup>.

<sup>(477)</sup> V. ad es., l'art. 11 *Regolamento per la fornitura di lavoro portuale temporaneo* nel porto di Genova, in [www.porto.genova.it](http://www.porto.genova.it) e l'art. 5 del *Regolamento per la fornitura di lavoro temporaneo* del porto di Ancona, in [www.porto.ancona.it](http://www.porto.ancona.it).

<sup>(478)</sup> Art. 17, settimo comma, lett. a), l. n. 84 del 1994. V. *infra* § 9.

<sup>(479)</sup> V. art. 20, quarto comma, d.lg. n. 276 del 2003. In dottrina v. R. ROMEI, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, cit., 424 ss.; P. CHIECO, *I tratti salienti della somministrazione di lavoro, del distacco e dell'appalto* labour intensive, in D. Garofalo, M. Ricci, *Percorsi di diritto del lavoro*, Bari, 2006, 515.

<sup>(480)</sup> Art. 17, sesto comma, l. n. 84 del 1994.

<sup>(481)</sup> Art. 17, sesto comma, l. n. 84 del 1994, che fa riferimento alla precedente normativa nazionale generale dettata dall'art. 2, l. 24 giugno 1997, n. 196, mentre ora il rinvio si deve intendere riferito a quanto previsto dagli artt. 4 e 5, d.lg. n. 276 del 2003, in virtù del disposto dell'art. 86, quinto comma, d.lg. n. 276 del 2003, in precedenza citato.

<sup>(482)</sup> In dottrina, cfr. O. BONARDI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, cit., 330 ss.

Verosimilmente, la ragione che ha indotto il legislatore a configurare questa alterazione dello schema tipico, affidando all'impresa o agenzia portuale di fornitura il reperimento di manodopera presso un'agenzia di somministrazione, è individuabile nella intenzione di attribuire in ogni caso all'impresa autorizzata dall'autorità portuale o marittima un ruolo di primo piano in tale ambito, a garanzia del migliore funzionamento degli scali portuali<sup>(483)</sup>.

#### 8. La disciplina del rapporto di lavoro dei lavoratori portuali temporanei.

Occorre a questo punto chiedersi se siano rinvenibili ulteriori profili di specialità nella disciplina del rapporto di lavoro dei lavoratori portuali temporanei.

Sul punto l'art. 116, primo comma, n. 2, c. nav. che disciplinava le caratteristiche del personale addetto ai servizi portuali, e le norme del libro primo, titolo terzo, capo quarto del regolamento per l'esecuzione del codice della navigazione (relativamente alle parti afferenti alla navigazione marittima), espressamente dedicato alla «disciplina del lavoro nei porti»<sup>(484)</sup>, tracciavano i contorni di quella che era considerata una fattispecie atipica di lavoro subordinato. La ragione dell'atipicità risiedeva nel peculiare rapporto a struttura associativa intercorrente tra gli stessi lavoratori e le compagnie portuali e nel forte controllo esercitato dall'ente portuale (o dall'autorità marittima).

Tuttavia, l'abrogazione delle norme appena richiamate ad opera della legge n. 84 del 1994, tesa a instaurare un regime di libera concorrenza dell'attività imprenditoriale nei porti, ha prodotto un ribaltamento di tale impostazione.

Invero, la soppressione dell'art. 116, primo comma, n. 2, c. nav. ha determinato l'esclusione dei lavoratori portuali dalla categoria del personale addetto ai servizi portuali che, a sua volta, costituisce una specie del personale marittimo. L'effetto di questa esclusione è l'inapplicabilità delle previsioni normative che disciplinano la prestazione lavorativa del personale della navigazione, sia con riferimento al momento genetico che a quello funzionale, in ragione del fatto che il lavoratore portuale non fa più parte del personale marittimo, e, quindi, non perde la specialità, invece, ancora caratterizzante il lavoro nautico<sup>(485)</sup>.

Non essendo più rintracciabile nel codice della navigazione e nel connesso regolamento di esecuzione, la disciplina destinata a regolare il rapporto di lavoro degli addetti alle operazioni portuali deve essere individuata in quella generale del rapporto di lavoro subordinato, se il lavoratore portuale dipende da una società di persone o di capitali, o in quella dettata per i soci delle cooperative di lavoro, se fa parte di una società cooperativa.

<sup>(483)</sup> Sul ruolo dell'impresa fornitrice portuale in questo caso cfr., in dottrina, O. BONARDI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, cit., 334, per cui il duplice ruolo che l'impresa fornitrice assume, ovvero di utilizzatore nei confronti dell'agenzia di lavoro temporaneo e di fornitore nei confronti dell'impresa che poi effettivamente utilizza le prestazioni lavorative, comporta «il trasferimento delle prerogative datoriali dall'agenzia fornitrice all'impresa di lavoro portuale temporaneo e da questa all'utilizzatore, con conseguente responsabilità solidale di tutti e tre i soggetti in caso di violazione di norme legali o contrattuali».

<sup>(484)</sup> Artt. 140-203 reg. c. nav.

<sup>(485)</sup> Sul lavoro nautico v., da ultimo, G. PELLACANI, *Il lavoro nautico*, in A. Vallebona (a cura di), *I contratti di lavoro*, in P. Rescigno, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2009, vol. XII, t. II, 1351 ss., e ivi ulteriori riferimenti.

A caratterizzare la disciplina del rapporto di lavoro portuale residua oggi un'unica peculiarità, rappresentata dall'iscrizione dei lavoratori portuali in appositi registri tenuti dall'autorità portuale (o autorità marittima), finalizzata esclusivamente all'applicazione nei loro confronti della normativa in materia di sicurezza e igiene del lavoro nei porti<sup>(486)</sup>.

Di conseguenza, l'applicabilità della disciplina ordinaria del rapporto di lavoro subordinato fa sì che nella fattispecie il regime di tutele apprestate dal legislatore ai lavoratori in somministrazione sia da considerarsi applicabile *in toto* ai lavoratori temporanei portuali.

Va, infine, evidenziato, con riferimento alla necessaria formazione professionale del lavoratore dipendente delle agenzie di somministrazione, che in sede di regolamentazione da parte delle autorità portuali è stato previsto, come già notato<sup>(487)</sup>, l'obbligo di far seguire a tali lavoratori attività formative predisposte secondo *standard* definiti dall'autorità portuale d'intesa con l'impresa fornitrice. L'autorità portuale, infatti, è tenuta a verificare i risultati dell'attività formativa e a predisporre appositi elenchi, nei quali i lavoratori portuali temporanei saranno iscritti solo successivamente all'accertamento positivo della c.d. «formazione di ingresso»<sup>(488)</sup>.

## 9. Il ruolo della contrattazione collettiva.

Nel quadro normativo sopra descritto un ruolo centrale è assegnato alla contrattazione collettiva, chiamata a integrare la fonte legale su aspetti di primario rilievo<sup>(489)</sup>.

Invero, secondo quanto previsto dalla legge, l'autonomia collettiva svolge un ruolo essenziale nell'individuazione: a) dei casi in cui può essere concluso il contratto di fornitura di lavoro temporaneo; b) delle qualifiche professionali di esiguo contenuto professionale alle quali si applica(va) il divieto di fornitura di lavoro temporaneo; c) della percentuale massima dei prestatori di lavoro temporaneo in rapporto ai lavori occupati nell'impresa utilizzatrice; d) dei casi per i quali può essere prevista una proroga dei contratti di lavoro a tempo determinato; e) delle modalità di retribuzione dei trattamenti aziendali<sup>(490)</sup>.

La legge opera un rinvio diretto alle norme dettate dalla l. n. 196 del 1997; tuttavia, come abbiamo già notato in precedenza, per espressa previsione del legislatore, questo deve intendersi ora operato in favore delle norme dettate dal d.lg. n. 276 del 2003 in tema di somministrazione di manodopera<sup>(491)</sup>.

Si pone dunque il problema di individuare quali aspetti richiamati dalla legge restino conformi a quanto previsto dalla normativa generale dettata dal d.lg. n. 276 e quali, invece, siano i rinvii non più efficaci, in relazione al mutato quadro normativo.

---

<sup>(486)</sup> Sul tema si rinvia al contributo *Sicurezza sul lavoro nei porti* di A. GIURINI, O. LA TEGOLA e L. MIRANDA, in questo stesso volume.

<sup>(487)</sup> V. *supra* § 4.

<sup>(488)</sup> V. i regolamenti dei diversi Porti citati in precedenza.

<sup>(489)</sup> Cfr. E. MINALE COSTA, *Il diritto del lavoro nei porti*, cit., 146 ss. Sulla tecnica del rinvio della fonte legale alla contrattazione collettiva, si consenta il rinvio a P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro, la contrattazione gestionale e di rinvio*, Torino, 2005.

<sup>(490)</sup> Art. 17, settimo comma, l. n. 84 del 1994.

<sup>(491)</sup> Art. 86, quinto comma, d.lg. n. 276 del 2003, in precedenza citato.

L'aspetto maggiormente problematico riguarda l'individuazione delle ipotesi di legittimo ricorso alla fornitura di lavoro portuale temporaneo. Invero, il sistema previgente dettato in generale dalla l. n. 196 del 1997 – a cui la l. n. 84 del 1994, nel testo successivamente novellato<sup>(492)</sup>, fa riferimento – prescriveva il rinvio alla contrattazione collettiva per l'individuazione delle ipotesi di legittimo utilizzo della fornitura di manodopera tramite agenzia. Ora, invece, il nuovo sistema delineato dal d.lg. n. 276 del 2003 prevede uno spazio per la contrattazione collettiva soltanto per la individuazioni di ulteriori ipotesi di utilizzo della somministrazione a tempo indeterminato<sup>(493)</sup>, mentre, con diversa soluzione, il ricorso alla somministrazione a tempo determinato risulta ammesso in presenza della causale generale, individuata dalla legge, ovvero «a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore»<sup>(494)</sup>.

Nel caso qui in esame ci troveremmo di fronte a un intervento della contrattazione collettiva questa volta da considerare non *secundum legem*, cioè nella direzione di integrazione (necessaria) della norma legale, ma *praeter legem*, secondo una libera scelta delle parti contrattuali, non necessitata in base alla normativa vigente, ma ritenuta opportuna per una più ordinata gestione di tale forma contrattuale, anche nella prospettiva di implementazione della certezza del diritto<sup>(495)</sup> e in aderenza qui al particolare ambito di intervento, caratterizzato anche da una normativa speciale. In questo modo la necessaria conformità delle disposizioni della l. n. 84 del 1994 a quanto previsto dalla legge generale vigente in tema di somministrazione di lavoro, imposta dal legislatore<sup>(496)</sup>, appare salvaguardata.

Seppur espressa in modo implicito, questa pare anche la volontà delle parti contrattuali espressa nel vigente CCNL per i lavoratori dei Porti siglato nel 2008 e vigente per il periodo 2009-2012<sup>(497)</sup>, in relazione ai casi di legittimo utilizzo della fornitura di lavoro portuale temporaneo, attraverso l'esplicito riferimento al d.lg. n. 276 del 2003, ma al contempo, a quanto stabilito dal medesimo contratto collettivo<sup>(498)</sup>.

<sup>(492)</sup> La novella dell'art. 17, l. n. 84 del 1994 è stata attuata dall'art. 3, l. 30 giugno 2000, n. 186.

<sup>(493)</sup> Art. 20, terzo comma, lett. i), d.lg. n. 276 del 2003.

<sup>(494)</sup> Art. 20, quarto comma, d.lg. n. 276 del 2003.

<sup>(495)</sup> Cfr., si consenta, P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro, la contrattazione gestionale e di rinvio*, cit., 176 ss., cui si rinvia anche per gli ulteriori possibili profili problematici sollevati, in generale, da simili interventi da parte della contrattazione collettiva.

<sup>(496)</sup> Art. 86, quinto comma, d.lg. n. 276 del 2003, in precedenza citato.

<sup>(497)</sup> Il citato CCNL è stato sottoscritto il 22 dicembre 2008 dalle sigle: Assiterminal, Assologistica, Assoport, Fise/ Uniport, Filt-Cgil, Fit-Cisl e Uiltrasporti.

<sup>(498)</sup> Art. 64 CCNL per i lavoratori dei Porti, rubricato «Lavoro temporaneo e somministrazione», dove le parti dichiarano che «La somministrazione di lavoro temporaneo a tempo determinato è ammessa ai sensi della d.lg. n. 276 del 2003 fatto salvo quanto previsto dall'art. 86, quinto comma, d.lg. 276 del 2003 e dall'art. 17 l. 84 del 1994 e successive modificazioni e integrazioni e fatto salvo quanto previsto dal presente contratto». La fornitura di lavoro temporaneo portuale risulta, quindi, ammessa: «- per sostituzione; - esecuzione di un'opera, di un servizio o di un appalto definiti o predeterminati nel tempo che non possono essere attuati ricorrendo unicamente alle professionalità esistenti aziendali; - per l'esecuzione di particolari servizi o commesse che, per la loro specificità, richiedono l'impegno di professionalità e specializzazioni diverse da quelle impiegate o che presentino carattere eccezionale o che siano carenti sul mercato del lavoro locale; - personale addetto all'adeguamento dei programmi informatici aziendali compreso consulenza ed assistenza informatica; - per coprire posizioni di lavoro non ancora stabilizzate; - per punte di intensa attività non fronteggiabili con ricorso ai normali assetti produttivi aziendali; - per analisi di mercato, organizzazione di fiere/mostre ed attività connesse»: art. 64 del CCNL dei lavoratori dei Porti 2009-2012.

Al contempo, invece, la medesima verifica di conformità con la normativa generale vigente consente di ritenere che il rinvio operato dalla norma in precedenza richiamata alla l. n. 196 del 1997, al fine di individuare le qualifiche di esiguo contenuto professionale per le quali era vietato il ricorso al lavoro interinale<sup>(499)</sup>, perda di efficacia alla luce della nuova normativa generale, giacché tale divieto non è stato più riproposto nell'ambito della normativa ora dettata dal d.lg. n. 276 del 2003<sup>(500)</sup> e non è stato neanche riproposto nella regolamentazione di fonte contrattuale collettiva.

Infine, si può ritenere che il rinvio alla contrattazione collettiva previsto dalla legge n. 84 del 1994 per i restanti aspetti risulti conforme al dettato della normativa vigenti di cui al d.lg. n. 276, che continua ad affidare alla contrattazione collettiva la regolamentazione sia dei limiti percentuali dei lavoratori somministrati<sup>(501)</sup>, così come le ipotesi di proroga del contratto a tempo determinato<sup>(502)</sup> e le modalità di attribuzione dei c.d. premi di produttività<sup>(503)</sup>.

Così, il già citato CCNL dei lavoratori dei porti, individua i limiti percentuali di utilizzo dei lavoratori somministrati, in relazione al personale occupato nelle imprese utilizzatrici<sup>(504)</sup>, si occupa dell'erogazione dei c.d. premi di produttività per tali lavoratori<sup>(505)</sup>, nonché degli obblighi di informazione sindacale<sup>(506)</sup>.

Da sottolineare, infine, come lo stesso CCNL dei lavoratori dei porti, faccia espressamente divieto di ricorso alla somministrazione di manodopera a tempo indeterminato<sup>(507)</sup>. Tale disposizione,

---

<sup>(499)</sup> Art. 17, settimo comma, lett. b), l. n. 84 del 1994.

<sup>(500)</sup> Gli attuali divieti di ricorso al contratto di somministrazione di lavoro sono individuati dall'art. 20, quinto comma, d.lg. n. 276 del 2003, tra i quali non rientra più quello relativo alle qualifiche di esiguo contenuto professionale.

<sup>(501)</sup> In relazione ai limiti percentuali v. l'art. 20, quarto comma, secondo periodo, d.lg. n. 276 del 2003, per cui: «La individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione a tempo determinato è affidata ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi in conformità alla disciplina di cui all'articolo 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368».

<sup>(502)</sup> In relazione alla proroga del contratto v. l'art. 22, secondo comma, seconda parte, del d.lg. n. 276 del 2003, per cui: «Il termine inizialmente posto al contratto di lavoro può in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata prevista dal contratto collettivo applicato dal somministratore».

<sup>(503)</sup> Infine, in relazione ai premi di produttività v. l'art. 23, quarto comma, primo periodo, d.lg. n. 276 del 2003, per cui: «I contratti collettivi applicati dall'utilizzatore stabiliscono modalità e criteri per la determinazione e corresponsione delle erogazioni economiche correlate ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi concordati tra le parti o collegati all'andamento economico dell'impresa».

<sup>(504)</sup> Art. 64 del CCNL dei lavoratori dei Porti 2009-2012, per cui: «Negli altri ambiti, la somministrazione è ammessa nei limiti massimi del 10% di media trimestrale dei lavoratori occupati a tempo indeterminato, per il Centro Sud la percentuale è del 15%. Nei casi in cui tale rapporto percentuale dia un numero frazionato, si arrotonda all'unità superiore. In dette percentuali non sono computabili i contratti di somministrazione stipulati per sostituzione. A livello aziendale potranno individuarsi d'intesa con le OO.SS. territoriali stipulanti il presente contratto ulteriori ipotesi e/o aumento delle percentuali».

<sup>(505)</sup> Art. 64 del CCNL dei lavoratori dei Porti 2009-2012, per cui «Le erogazioni economiche correlate ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi concordati tra le parti o collegati all'andamento economico dell'impresa/ente, ove spettanti, saranno riconosciute per i lavoratori interinali in rapporto al periodo d'utilizzo con le stesse modalità e criteri previsti per i dipendenti del soggetto utilizzatore».

<sup>(506)</sup> Art. 64 del CCNL dei lavoratori dei Porti 2009-2012, per cui «I datori di lavoro che vogliono utilizzare il lavoro somministrato debbono darne preventiva comunicazione scritta alle R.S.U. o, in mancanza, alla R.S.A. costituita nell'ambito delle OO.SS. stipulanti il presente contratto, nonché ai sindacati territoriali di categoria sempre delle OO.SS. stipulanti il presente contratto».

<sup>(507)</sup> Art. 59 del CCNL dei lavoratori dei Porti 2009-2012.

peraltro, non sembra porsi in contrasto con la disciplina generale<sup>(508)</sup>, che, da un lato, ammette il ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato, in ipotesi, però, che nulla hanno a che vedere con le attività portuali e, dall'altro, riconosce alla contrattazione collettiva la possibilità di stabilirne ulteriori casi di utilizzo, con ciò, a nostro avviso, consentendo alla stessa di escludere quest'ultimo ove lo ritenga necessario.

#### 10. L'apparato sanzionatorio della fornitura del lavoro portuale temporaneo.

Alcune osservazioni conclusive vanno svolte sul tema dell'apparato sanzionatorio, applicabile in caso di deviazioni dal modello legale della fornitura del lavoro portuale temporaneo.

Esse riguardano, in primo luogo, le sanzioni previste dall'art. 17 della l. n. 84 del 1994, che incidono sui soggetti autorizzati allo svolgimento dell'attività di fornitura di manodopera portuale.

Nella specie si prevede che in caso di accertamento, da parte dell'autorità portuale (o, in assenza, dall'autorità marittima), di conclamate violazioni degli obblighi nascenti dall'esercizio dell'attività di fornitura di manodopera, le competenti autorità possano sospendere, ovvero, nei casi di maggiore rilevanza, revocare l'autorizzazione concessa<sup>(509)</sup>.

Accanto alla previsione summenzionata, la stessa legge individua un'ulteriore ipotesi sanzionatoria a carico dei soggetti autorizzati alla fornitura di manodopera portuale, punendo la violazione delle disposizioni tariffarie previste dai regolamenti delle Autorità Portuali<sup>(510)</sup>, con la sanzione amministrativa pecuniaria da Euro 5.165 ad Euro 30.987<sup>(511)</sup>, nell'intento di garantire i fondamentali *standards* economici di impiego previsti nell'ambito di detti regolamenti<sup>(512)</sup>, assicurando la salvaguardia dei lavoratori<sup>(513)</sup>.

Nell'ambito dell'apparato sanzionatorio un ruolo di primario rilievo è assicurato, pertanto, alle Autorità Portuali, le quali, non solo sono chiamate ad accertare la completa osservanza, da parte dei soggetti autorizzati, delle previsioni regolamentari e di ogni altra norma emanata in materia, anche attraverso l'acquisizione delle necessarie informazioni e della documentazione, ma al contempo a svolgere, anche eventualmente attraverso proprie articolazioni create *ad hoc*, le funzioni attinenti l'indirizzo, il coordinamento e il controllo sull'attività delle Agenzie fornitrici.

Se quelle appena descritte esauriscono le previsioni di carattere sanzionatorio contenute nella l. n. 84 del 1994, di primaria importanza si rivela la lettura delle previsioni in materia di somministrazione irregolare, fraudolenta e interposizione illecita, dettate dagli artt. 27, 28 e 84, d.lg. n. 276/2003, soprattutto in termini di valutazione della applicabilità loro alla fornitura di manodopera temporanea portuale, alla luce dell'intervenuta abrogazione della l. n. 1369 del 1960<sup>(514)</sup>.

<sup>(508)</sup> Art. 20, terzo comma, d.lg. n. 276 del 2003.

<sup>(509)</sup> Art. 17, undicesimo comma, l. n. 84 del 1994.

<sup>(510)</sup> Art. 17, decimo comma, l. n. 84 del 1994.

<sup>(511)</sup> Art. 17, dodicesimo comma, l. n. 84 del 1994.

<sup>(512)</sup> In merito, si veda a titolo esemplificativo, quanto disposto dall'art. 14 dei Criteri di indirizzo e procedure di verifica della fornitura di lavoro temporaneo nella circoscrizione dell'Autorità Portuale di Livorno ([www.porto.livorno.it](http://www.porto.livorno.it)).

<sup>(513)</sup> Cfr. E. MINALE COSTA, *Il diritto del lavoro nei porti*, cit., 119 ss.

<sup>(514)</sup> Art. 85, d.lg. n. 276 del 2003.

Invero occorre considerare che l'art. 2, l. 30 giugno 2000, n. 186, nell'innovare il testo dell'art. 16 della l. n. 84 del 1994, aveva introdotto nel corpo della suddetta norma il comma 3 *bis*, in forza del quale le operazioni e i servizi portuali, di cui al primo comma, non possono svolgersi in deroga alla legge 23 ottobre 1960, n. 1369, salvo quanto previsto dall'articolo 17.

L'intervento del legislatore, nel risolvere la problematica relativa all'applicazione dei divieti di interposizione di manodopera anche in ambito portuale<sup>(515)</sup>, aveva, pertanto, statuito la generale applicabilità della l. n. 1369 del 1960 anche al settore portuale.

Senonché, come è noto, il d.lg. n. 276/2003, nel delineare, previa abrogazione della l. n. 1369 del 1960, l'istituto della somministrazione di manodopera, ha individuato espressamente, da un lato, i requisiti per l'autorizzazione allo svolgimento dell'attività<sup>(516)</sup>, prevedendo, dall'altro lato, le specifiche condizioni di liceità per la stipulazione del contratto commerciale di somministrazione<sup>(517)</sup>, sia sotto il profilo della forma del contratto, che dei suoi elementi essenziali, stabilendo espressamente, in caso di deviazioni dal modello legale specifiche sanzioni, di carattere civile, amministrativo e penale<sup>(518)</sup>; allo stesso tempo nella medesima normativa vengono delineati i requisiti legali della disciplina dell'appalto e del distacco leciti<sup>(519)</sup>.

A ben vedere, quindi, l'assenza di una eliminazione completa del divieto di interposizione di manodopera<sup>(520)</sup>, che discende dall'esistenza delle previsioni summenzionate, rende necessario, in assenza di un quadro legale specifico di riferimento, nonché della corretta coordinazione tra le previsioni della l. n. 84 del 1994 e quelle del d.lgs. n. 276 del 2003, valutare la portata del comma 3-*bis* dell'art. 16, l. n. 84/1994 e la conseguente applicabilità o meno delle sanzioni delineate dagli artt. 27, 28<sup>(521)</sup> e 84 del d.lg. n. 276/2003 alla fornitura di manodopera portuale.

La questione parrebbe potersi risolvere, in senso dell'applicabilità anche al settore del lavoro portuale di dette previsioni, alla luce di una lettura sistematica delle disposizioni di cui alla l. n. 84 del 1994 e del d.lg. n. 276 del 2003.

<sup>(515)</sup> Sul punto, in relazione a una fattispecie antecedente alla riforma di cui alla legge 30 giugno 2000, n. 186, cfr. la recente pronuncia della Cass. 18 gennaio 2007, n. 1104, in *ADL*, 2008, 140 ss., con nota di S. COSTANTINI, *L'applicabilità dei divieti di intermediazione e di interposizione di manodopera nel settore portuale: vecchi e nuovi problemi*, in cui la Corte ha stabilito che: «la possibilità di fornire di lavoro temporaneo in deroga ai divieti di cui all'art. 1, legge 23 ottobre 1960, n. 1369, accordata dal legislatore italiano alle sole Compagnie, deve essere estesa anche alle altre imprese portuali».

<sup>(516)</sup> Artt. 4 e 5, d.lg. n. 276 del 2003.

<sup>(517)</sup> Artt. 20 e 21, d.lg. n. 276 del 2003.

<sup>(518)</sup> Artt. 27, 28 e 84, d.lg. n. 276 del 2003; cfr. R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.Vv., *Come cambia il mercato del lavoro*, Milano, 2005, 162 ss.

<sup>(519)</sup> Artt. 29 e 30, d.lg. n. 276 del 2003.

<sup>(520)</sup> Cfr. O. MAZZOTTA, *Somministrazione di lavoro e subordinazione: chi ha paura del divieto di interposizione?*, in L. Mariucci (a cura di), *Dopo la flessibilità cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Bologna, 2006, 161 ss.

<sup>(521)</sup> L'art. 28 del d.lg. n. 276 del 2003, ricalca, peraltro, l'abrogato art. 1172 del Codice della Navigazione, dedicato all'inosservanza delle norme sull'impiego delle maestranze che prevedeva che: «Chiunque, per l'esecuzione delle operazioni portuali, si avvale di personale non appartenente alle maestranze costituite nelle compagnie o nei gruppi è punito con l'ammenda da lire diecimila a ventimila per ogni persona impiegata e per ogni giornata di lavoro».

Ciò, in quanto, se è pur vero, da un lato, che l'art. 86, d.lg. n. 276 del 2003, riconosce nel lavoro portuale un'eccezione al regime della somministrazione di manodopera<sup>(522)</sup>, altrettanto vero è che tale eccezione deve considerarsi limitata alle previsioni di cui al d.lg. n. 276 del 2003 in materia di regime autorizzatorio delle agenzie di somministrazione, rispetto alle quali prevalgono le previsioni settoriali portuali, nonché alle ipotesi rinviate e regolate dalla contrattazione collettiva del settore<sup>(523)</sup>, tra le quali spicca il divieto di far ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato.

Se le previsioni in deroga alla disciplina del d.lg. n. 276 del 2003 si limitano agli aspetti delineati, è, dunque, possibile rilevare che, a fronte delle deviazioni dal modello legale e contrattuale, possano trovare applicazione le disposizioni sanzionatorie all'uopo previste dal citato decreto.

Al di là della soluzione individuata in via interpretativa, un intervento legislativo di raccordo esplicito tra le due norme<sup>(524)</sup>, volto a eliminare qualsiasi incertezza sull'apparato sanzionatorio applicabile in caso di deviazione dal modello legale della fornitura di manodopera, sembrerebbe tuttavia, altamente auspicabile.

---

<sup>(522)</sup> Cfr. M. MISCIONE, "Le agenzie per il lavoro", in M. Miscione, M. Ricci, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, cit., 2004, 130.

<sup>(523)</sup> Art. 17, settimo comma, l. n. 84 del 1994. Sul punto v. *infra* § 9.

<sup>(524)</sup> Una prima bozza di riforma era stata presentata durante la XV Legislatura nel ddl n. 1404, rimasto, invero, senza seguito.

## Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro\*

Giuseppe Ferraro

1. Tutele interne e tutele esterne al rapporto di lavoro	171
2. Il percorso riformista del Governo Monti	172
3. Le principali direttrici dell'intervento governativo	173
4. Segue. Il ruolo dei fondi di solidarietà bilaterale	175
5. I riflessi della riforma sulla flessibilità in uscita	177
6. Le modifiche alla legge n. 223 del 1991	179
7. Il ruolo compensativo assegnato ai fondi di solidarietà	180

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 143/2012

## 1. Tutele interne e tutele esterne al rapporto di lavoro

L'oggetto di questo saggio riguarda il rapporto di interazione tra gli ammortizzatori sociali e l'istituto dei licenziamenti collettivi, e quindi si occupa della relazione che intercorre tra le tutele interne al rapporto di lavoro e quelle esterne che maturano allorché il rapporto sia stato risolto<sup>525</sup>. Il dosaggio tra le due tipologie di tutele rappresenta un'operazione difficile da realizzare in via ottimale, eppure costituisce l'aspetto più importante della cd. flessibilità in uscita<sup>526</sup>, non approfondito adeguatamente nella sua effettiva valenza nell'attuale fase di riforma del mercato del lavoro (v. disegno di legge n. 3249 presentato al Senato della Repubblica), eppure decisivo per la comprensione dei processi di liberalizzazione delle condizioni di lavoro che perentoriamente ci vengono richiesti dai grandi attori della *governance* globale. Ed invero, nel dibattito in corso, il tema risulta oscurato dall'attenzione sproporzionata dedicata ai licenziamenti individuali per ragioni economiche (e ai conseguenti risvolti risarcitori e reintegratori), che costituisce un aspetto tutto sommato secondario del fenomeno della flessibilità in uscita, specie se rapportato alle complesse procedure di mobilità collettiva costantemente connesse a operazioni di ristrutturazione e di riorganizzazione aziendale.

In termini astratti si può dire che gli ammortizzatori interni favoriscono la stabilità dei rapporti di lavoro e assicurano la compattezza della compagine aziendale, a volte decisiva nelle fasi di riconversione, ristrutturazione e persino di crisi aziendale. Per contro le tutele esterne al rapporto indeboliscono la stabilità del lavoro mentre assecondano la circolazione dei lavoratori e la mobilità sociale, anche territoriale e intersettoriale<sup>527</sup>.

La legge n. 223 del 1991 si fonda su un equilibrio composito – prefigurato prevalentemente per il settore industriale, ma parzialmente esteso agli altri settori – che garantisce, per quanto possibile, la continuità dei rapporti di lavoro e quindi la compattezza della compagine aziendale, ma consente al contempo anche un'elevata flessibilità in uscita, sostanzialmente rimessa alle valutazioni discrezionali del *management* aziendale.

L'impianto di base della legge si sviluppa su due tracce parallele, a seconda che si tratti del settore industriale ovvero di settori affini. Nel primo, alla forte tutela interna realizzata attraverso la cassa integrazione guadagni nelle sue varie declinazioni, fa riscontro una consistente tutela esterna attraverso l'istituto della mobilità; viceversa, negli altri settori, le tutele interne sono abbastanza deboli e affidate prevalentemente alla contrattazione collettiva, mentre le tutele esterne sono

<sup>525</sup> Sugli ammortizzatori sociali nell'attuale conformazione v. da ultimo il volume della *Riv. Giur. Lav.*, n. 2/2011, dedicato al tema, e ivi gli ottimi saggi di A. Di Stasi (pag. 339), A. Andreoni (pag. 359), M. Barbieri (pag. 379), R. Nunin (pag. 407), G. Moro (pag. 427). V. pure l'interessante volume a cura di P. Curzio, *Ammortizzatori sociali, regole, deroghe, prospettive*, Bari, 2009, e in part. il saggio di F. Liso (pag. 13 ss.) e di D. Garofalo (pag. 49 ss.). Cfr. pure la ricerca su *La riforma degli ammortizzatori sociali tra compatibilità macroeconomiche, vincoli di finanza pubblica, bilateralismo e politiche di welfare*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2010, n. 2, con contributi di R. Pessi (pag. 315), A. Mastropasqua (pag. 325), M. Tiraboschi (pag. 331), F. Massicci (pag. 348), A. Bombassei (pag. 354), N. Forlani (pag. 364), S. Spattini (pag. 377).

<sup>526</sup> Su tale profilo v. M. Miscione, *Gli ammortizzatori sociali per l'occupabilità*; L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*; M. Ricci, *Mercato del lavoro e disciplina del licenziamento collettivo*, Relazioni alle Giornate di studio Aidlass su *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro*, Venezia, Università Cà Foscari, 25/26.5.2007.

<sup>527</sup> Per un'efficace comparazione v. F. Giubileo, *I servizi al lavoro in Italia, Germania, Francia, Svezia e Regno Unito*, in *Riv. Sic. Soc.*, 2011, pag. 759 ss.

concentrate nei tradizionali sussidi di disoccupazione di importo e di durata alquanto contenuti<sup>528</sup>.

La disparità di trattamento tra i lavoratori impegnati nei due settori viene frequentemente richiamata a giustificazione della necessità di una riforma radicale degli strumenti di intervento sul mercato del lavoro nella prospettiva di realizzare un sistema di welfare universalistico e altamente inclusivo, e costituisce del resto una delle ragioni non secondarie del processo gradualistico di estensione di alcune tutele dal settore industriale a settori in qualche modo affini (commercio, turismo, vigilanza, etc.). Finché il processo espansivo non ha preso un'incontrollabile accelerazione con l'istituto degli "ammortizzatori in deroga"<sup>529</sup>, che hanno comportato una indifferenziata e caotica estensione delle tutele connesse allo stato di inoccupazione con riferimento a categorie soggettive e settori tradizionalmente esclusi sino a lambire l'area della parasubordinazione e del lavoro autonomo.

Senza volere indugiare su questa esperienza molto complessa e contraddittoria, non può farsi a meno di rilevare che l'istituto degli ammortizzatori in deroga ha costituito un interessante laboratorio sperimentale di tecniche di tutela almeno in parte originali, specie per quanto riguarda il coinvolgimento di protagonisti aggiuntivi, quali gli Enti locali e gli Enti bilaterali, nonché per le inusitate sinergie ivi prefigurate tra interventi pubblici, nazionali o locali, e interventi di matrice privatistica<sup>530</sup>.

## 2. Il percorso riformista del Governo Monti

Sull'assetto sommariamente evocato è intervenuto con decisione il Governo Monti con propositi di innovazione radicale. Il Governo è partito da posizioni molto nette, enunciate con toni perentori dal Ministro del lavoro, che si traducevano nel proposito di ridurre drasticamente l'utilizzo della cassa integrazione guadagni, eliminando del tutto quella straordinaria, e di introdurre al contempo una forma di tutela universalistica dello stato di disoccupazione involontaria.

L'impostazione è subito apparsa agli operatori del settore eccessivamente drastica e persino semplicistica. In essa erano facilmente individuabili le tracce di luoghi comuni ormai abusati (l'uso della cassa integrazione come anticamera dei licenziamenti, gli ammortizzatori sociali utilizzati

<sup>528</sup> Per una sintesi di tale problematica v. G. Gentile, *Le indennità di disoccupazione ordinaria*, in Cinelli-Ferraro (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare. Commento alla legge 24 dicembre 2007, n. 247, e riforme correlate*, Torino, 2008, 469 ss.; M. La Terza, *Indennità di disoccupazione, ammortizzatori sociali e mercato del lavoro fino alle recenti leggi del dicembre 2007*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2008, pag. 195 ss.

<sup>529</sup> Com'è noto la risposta del Governo italiano alla crisi incombente si è indirizzata nella direzione di rafforzare gli interventi di cassa integrazione in deroga che hanno trovato analitica regolamentazione nell'art. 19, comma 8 ss., legge 28.1.2009, n. 2, di conversione del D.L. 29.11.2008, n. 185, come peraltro modificato dall'art. 7-ter, legge 9.4.2009, n. 33, di conversione del D.L. 10.2.2009, n. 5. Su tale esperienza v. F. Liso, *Brevi note sull'art. 19 del recente d.l. 185 intervenuto sulla materia degli ammortizzatori sociali*, in *Working Paper ADAPT*, 2008, n. 68; M. Spattini-M. Tiraboschi, *Ammortizzatori sociali: istruzioni per l'uso dopo le misure anticrisi*, in *G. Lav.*, 2009, n. 18, pag. 12 ss.; V. Ferrante, *Ammortizzatori sociali: riduzione dell'orario e generalizzazione delle tutele*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2010, in part. pag. 923 ss.; G. Gentile, *La riforma degli ammortizzatori sociali*, in Cinelli-Ferraro (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare*, cit., pag. 512 ss.

<sup>530</sup> Sul ruolo delle Regioni v. per tutti D. Garofalo, *Gli ammortizzatori sociali in deroga*, Milano, 2010, sp. pag. 79 ss. Sul bilateralismo come fenomeno in espansione v. da ultimo F. Santoni, *Ammortizzatori sociali in deroga e canali bilaterali*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2010, pag. 6 ss. Più in generale v. il fascicolo di *Lav. Dir.*, 2003, integralmente dedicato al tema, e in part. i contributi di L. Mariucci (pag. 163), C. Cester (pag. 211), R. Del Punta (pag. 219). Inoltre v. pure V. Bavaro, *Note sugli enti bilaterali e libertà contrattuale*, in *Lav. Giur.*, 2007, pag. 1169 ss.; M. Napoli, *Riflessioni sul ruolo degli enti bilaterali nel decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, in *Jus*, 2005, fasc. 1-2, pag. 309 ss.

per mantenere in vita aziende decotte, opportunità di una liberalizzazione dei flussi occupazionali per garantire gli investimenti e dare opportunità alle nuove generazioni, etc.) e le suggestioni irresistibili di risalenti ricostruzioni teoriche che si sono andate a concentrare nelle famose indicazioni finali della "Commissione Onofri", costituita dal Governo Prodi nel 1996, costantemente richiamate nei vari progetti di riforma, ancorché maturate in un'epoca e in un contesto molto diverso da quello attuale.

Rispetto a tali prese di posizione, va subito ricordato che, come insegna la migliore elaborazione in materia, gli ammortizzatori sociali sono strutturalmente e storicamente correlati alle caratteristiche dei vari settori produttivi e costituiscono una parte integrante del complessivo apparato di tutele che all'interno degli stessi si è andato progressivamente sedimentando. Non a caso gli ammortizzatori sociali sono tradizionalmente consistenti nei settori industriali, in quanto legati al ruolo trainante dell'attività manifatturiera primaria, con riferimento alla quale è più accentuata la competizione internazionale e quindi l'esigenza di costante trasformazione organizzativa e produttiva. Così come non è un caso che gli ammortizzatori sociali non siano lievitati significativamente nel settore del credito, in quanto si tratta di un settore autoctono, tradizionalmente protetto e in passato meno esposto alle oscillazioni congiunturali. Soltanto quando nella seconda metà degli anni '90 esploderà la crisi dei grandi gruppi creditizi con la concentrazione degli stessi e si registreranno per conseguenza consistenti esuberi di personale, verranno elaborate soluzioni endogene di sostegno dei redditi, per lo più autogestite, originariamente provvisorie e progressivamente stabilizzatesi. Così come non è un caso che gli ammortizzatori sociali siano tradizionalmente carenti nel settore terziario, per le dimensioni solitamente ridotte delle imprese che vi operano, tant'è che quando si sono dilatate le dimensioni degli esercizi commerciali con la diffusione della grande distribuzione automaticamente sono maturate situazioni protettive sostanzialmente emulative di quelle del settore industriale. E si potrebbe così continuare, riflettendo ad esempio sull'esperienza della cassa integrazione per l'edilizia, la quale è strettamente correlata alle condizioni di lavoro di quel settore, condizionata da vari fattori, anche meteorologici, ovvero agli ammortizzatori sociali nel settore agricolo dai tratti del tutto peculiari.

L'eterogeneità di questa realtà protettiva andrà gradualmente, quanto confusamente, ad affiorare nel corso dell'elaborazione del disegno di legge, nelle cui progressive stesure si registra un sensibile scivolamento da un'impostazione integralista e monovalente verso soluzioni sempre più articolate, che tuttavia non sempre riescono a contemperarsi efficacemente con la declamata ispirazione di stampo universalistico.

### **3. Le principali direttrici dell'intervento governativo**

A volere ricostruire in sintesi le principali direttrici lungo le quali si sviluppa la riforma, merita anzitutto di essere rilevato che nessun intervento significativo è stato realizzato sugli istituti della cassa integrazione, sia ordinaria che straordinaria, che continuano ad operare nella loro conformazione originaria e nei settori tradizionalmente interessati. Anzi si registra una stabilizzazione dell'istituto delle integrazioni salariali in settori limitrofi a quello industriale, ove da tempo operano con proroghe pressoché annuali: attività commerciale con più di cinquanta dipendenti, agenzie di viaggio e turismo con più di cinquanta dipendenti, imprese di vigilanza con più di quindici dipendenti, imprese del trasporto aereo e del sistema aeroportuale, etc.

L'unico intervento di un qualche rilievo riguarda l'abolizione della cassa integrazione straordinaria prevista a favore dei dipendenti delle imprese assoggettate a procedure concorsuali (art. 3, legge

n. 223/1991). Si tratta di un tributo riconosciuto alle originarie idee di ispirazione della riforma, essendo radicata la convinzione che la cassa integrazione in questi casi assolva una funzione meramente sostitutiva di un'indennità di disoccupazione. Il che è vero soltanto in parte, giacché l'intervento delle integrazioni salariali nelle imprese in stato di insolvenza – che non significa che abbiano perduto un potenziale produttivo – risponde altresì ad una funzione tipica, ampiamente apprezzata dagli operatori del settore e dalla dottrina fallimentarista, in quanto, oltre a consentire una continuità di reddito ai dipendenti in una fase particolarmente traumatica della vita aziendale, favorisce il mantenimento dell'unitarietà aziendale con il suo potenziale produttivo, impedendo così un processo, sempre a saldo negativo, di disintegrazione della struttura aziendale. Su tali presupposti è stato possibile in molti casi salvaguardare almeno in parte l'attività produttiva e la connessa occupazione.

Certamente dietro tale funzione si nascondono a volte operazioni speculative, come il subentro mascherato dell'originario imprenditore dietro prestanomi, ovvero come la cessione dei rami più attivi dell'azienda per scaricare tutti i debiti su una struttura residuale. E tuttavia, a trascurare che tali operazioni sono autonomamente perseguibili sul piano fallimentare e persino penale, resta discutibile un'impostazione, astrattamente moralistica, di legiferare avendo presente in via preminente la patologia di certi istituti e non piuttosto la loro funzionalità complessiva anche a livello macro-economico.

Ma a prescindere da tale aspetto particolare, resta il fatto che il legislatore, dopo improvvisate declamazioni palinogenetiche, ha preservato nella sua integrità un istituto fondamentale nelle dinamiche evolutive dei sistemi produttivi, quale è appunto la cassa integrazione guadagni nella sua complessa conformazione.

La seconda direttrice si esprime nella riforma dei sussidi di disoccupazione attraverso l'introduzione di un istituto (l'ASPI) di carattere tendenzialmente generale e universalistico, in realtà non molto difforme dai tradizionali trattamenti di disoccupazione, anche se con un bacino di utenza tendenzialmente più ampio (ma tutt'altro che universalistico) e con una maggiore protezione temporale.

La soluzione può essere in linea di massima condivisa, se non altro per la filosofia egualitaristica che l'ispira, e tuttavia non si può fare a meno di rilevare che il rafforzamento delle tutele esterne è andato a discapito delle tutele interne di alcuni settori strategici, atteso che il prezzo di una tale operazione è consistito, per una sorta di simmetria compensativa, nell'abrogazione dell'istituto della mobilità. Istituto che pure aveva dato ottima prova assicurando una valida copertura contro la disoccupazione nei settori trainanti del sistema produttivo più esposti alla concorrenza internazionale. L'abolizione può far sorgere istintivamente molte perplessità (*amplius infra*) non fosse altro per la polivalenza dell'istituto della mobilità, e tanto più ove si consideri che all'interno dello stesso si annidano interventi di politica attiva del lavoro non molto difformi da quelli enfatizzati nella riforma, rimasti, è vero, in parte inattuati, ma più per ragioni burocratico-amministrative che per una scarsa o inadeguata progettualità (si pensi alle liste di mobilità e alle garanzie che vi

sono collegate, agli incentivi connessi a una formazione di riqualificazione professionale, agli incentivi per l'auto-impiego ed agli esoneri contributivi per le imprese che attingono dalle liste di mobilità, per non parlare dei vari accenni di "condizionalità"<sup>531</sup>.

Peraltro non va neppure trascurato che l'istituto della mobilità è prevalentemente autofinanziato dalle imprese del settore, e quindi risponde ad una logica assicurativa-mutualistica al punto da rendere di per sé problematico un intervento abrogativo che non assolve neppure un'automatica funzione di redistribuzione dei costi della disoccupazione.

#### 4. Segue. Il ruolo dei fondi di solidarietà bilaterale

La terza direttrice si esprime nella valorizzazione o nella "scoperta" dei fondi di solidarietà bilaterali<sup>532</sup>, ai quali viene conferita una precisa fisionomia giuridica e un'ampia potenzialità funzionale, tra cui spiccano due finalità tipiche: *a)* assicurare forme di sostegno al reddito, per i settori tradizionalmente non protetti, nel caso di riduzione o sospensione dell'attività lavorativa per le cause già previste dall'istituto della cassa integrazione e *b)* svolgere un ruolo di incentivazione all'esodo con particolare riferimento ai lavoratori vicini all'età della pensione<sup>533</sup>.

Com'è noto, i fondi di solidarietà sono da tempo istituiti in alcuni settori strategici (credito, credito cooperativo, trasporto aereo, poste, ex monopoli), ove svolgono funzioni promiscue sempre connesse a situazioni di ristrutturazione aziendale e di esuberanza di personale<sup>534</sup>. Le prestazioni socialmente più rilevanti erogate dai fondi si sono andate concentrando in forme di sostegno al reddito corrisposte al fine di agevolare l'esodo dei lavoratori esuberanti (con prestazione decorrenti dalla cessazione del rapporto e protratti sino alla data del raggiungimento della pensione). Come si è efficacemente rilevato<sup>535</sup>, i predetti fondi realizzano a pieno il modello mutualistico-categoriale di tutela contro la disoccupazione in settori esclusi dagli ammortizzatori sociali. Attraverso le prestazioni in esame si viene, infatti, a realizzare un sistema previdenziale "di mestiere",

<sup>531</sup> Sulle politiche attive, per un'efficace ricostruzione comparata, v. C. Lagala-M. D'Onghia, *Politiche di attivazione dei disoccupati in Europa*, Roma, 2010.

<sup>532</sup> Gli accordi per la costituzione dei fondi di solidarietà bilaterali sono prioritariamente previsti "per i settori non coperti dalla normativa in materia di integrazione salariale, con la finalità di assicurare ai lavoratori una tutela in costanza di rapporto di lavoro nei casi di riduzione o sospensione dell'attività lavorativa per cause previste dalla normativa in materia di integrazione salariale ordinaria e straordinaria" (art. 42, comma 1, disegno di legge). Oltre la predetta finalità è previsto che i fondi possano assolvere le seguenti funzioni: assicurare ai lavoratori una tutela in caso di cessazione del rapporto di lavoro, integrativa rispetto all'associazione sociale per l'impiego; prevedere assegni straordinari per il sostegno al reddito, nel quadro dei processi di agevolazione all'esodo, a lavoratori che raggiungano i requisiti previsti per il pensionamento di vecchiaia o anticipato nei successivi cinque anni; partecipare al finanziamento di programmi formativi di riconversione o riqualificazione professionale, anche in concorso con gli appositi fondi nazionali o comunitari.

<sup>533</sup> Per un primo approfondimento di tale problematica con spunti interessanti, v. G. Sigillò Massara, *Ammortizzatori sociali di fonte collettiva e fondi di solidarietà nella riforma del welfare*, Padova, 2008.

<sup>534</sup> La loro istituzione è stata prevista dall'art. 2, comma 28, legge n. 662/1996, integrata dal decreto ministeriale n. 477/1997, dov'è prevista la facoltà di costituire, tramite accordi collettivi, fondi nazionali di previdenza per sostenere il reddito in caso di crisi e/o ristrutturazione aziendale allo scopo di "definire in via sperimentale misure di politiche attive del reddito e dell'occupazione nell'ambito di processi di ristrutturazione aziendale per fronteggiare situazioni di crisi". Accanto agli originari fondi istituiti per il credito e il credito cooperativo, sono stati istituiti quelli per le assicurazioni (per le imprese in liquidazione coatta amministrativa), per l'amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, per il settore della riscossione dei tributi erariali, per le Poste Italiane S.p.A., per le Ferrovie italiane, per l'Alitalia, e per il trasporto pubblico locale. In particolare, sull'esperienza relativa al personale Alitalia, particolarmente esemplificativa, cfr. L. Venditti, *Riduzione di personale e dimensione delle imprese: il caso Alitalia*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2009, pag. 169 ss.

<sup>535</sup> G. Sigillò Massara, *Ammortizzatori sociali di fonte collettiva*, cit., pag. 116.

che rappresenta, sostanzialmente, l'evoluzione del classico modello "assicurativo-contributivo", contrapposto ad un modello universalistico da tempo teorizzato e in più occasioni vanamente auspicato dallo stesso legislatore<sup>536</sup>.

Peraltro i fondi di solidarietà nascono come libera espressione della volontà delle parti sociali, e tuttavia subiscono una progressiva trasfigurazione genetica acquistando una sempre più accentuata connotazione vincolistica. Infatti, a differenza di quanto avviene con riferimento agli Enti bilaterali, dove anche dopo la costituzione degli stessi l'adesione delle parti rimane facoltativa, dall'atto volontario con cui l'autonomia collettiva istituisce un fondo di settore derivano conseguenze automaticamente vincolanti per gli operatori di settore, specie per quanto concerne l'obbligo di effettuare versamenti contributivi<sup>537</sup>.

In continuità con tale esperienza, nell'assetto disegnato dalla riforma, i fondi di solidarietà bilaterale risultano costituiti in virtù di atti di autonomia collettiva<sup>538</sup>, e restano privi di personalità giuridica, onde la loro configurazione come associazioni privatistiche non riconosciute di stampo mutualistico che realizzano forme di solidarietà di settore. Tuttavia l'attività istitutiva, espressione dell'autonomia negoziale delle parti sociali, viene inglobata all'interno di vari atti di normazione secondaria, di competenza del Ministro del lavoro, che ne definiscono la struttura di base, la contribuzione e le relative prestazioni, mentre la gestione operativa delle relative attività viene in gran parte incorporata in quella dell'Inps. Tale meccanismo regolativo, derivante da un intreccio ibrido tra fonti privatistiche e fonti pubblicistiche, garantisce la stabilità e l'operatività dei fondi con la conseguente efficacia di carattere generale sottraendoli così ai dubbi, anche costituzionali, che hanno investito l'azione degli Enti bilaterali.

Peraltro, per previsione espressa, la costituzione dei fondi ha carattere obbligatorio, anche se – e qui è palese la contraddizione – nel caso di mancata realizzazione da parte dell'autonomia collettiva, è prevista una soluzione sussidiaria affidata al Ministero del lavoro attraverso la costituzione di un fondo di solidarietà residuale, destinato ad erogare prestazioni alquanto ridotte<sup>539</sup>. Il che lascia emergere il sofferto equilibrio tra l'autonomia negoziale della fase promozionale, che deve essere in qualche modo preservata, e l'inestricabile complementarità di tali trattamenti rispetto a quelli pubblici, che pertanto devono necessariamente assumere valenza generale.

Il modello di riferimento è rappresentato dai fondi di previdenza complementare<sup>540</sup>, rispetto ai quali assolvono una eguale funzione di integrazione delle prestazioni previdenziali pubbliche, divenute progressivamente sempre più carenti, attraverso l'attivazione di iniziative complementari

<sup>536</sup> Così, quasi testualmente, G. Sigillò Massara, *op. cit.*, pag. 116.

<sup>537</sup> Sul punto sempre G. Sigillò Massara, *op. cit.*, pag. 54.

<sup>538</sup> Il disegno di legge prevede che siano le organizzazioni sindacali imprenditoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale a stipulare gli accordi necessari alla costituzione dei fondi, accordi che dovranno intervenire entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore della legge. Dopo ulteriori 90 giorni dovrà essere istituito presso l'Inps il relativo fondo con decreto del Ministro del lavoro, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, che determinerà anche l'ambito di applicazione del fondo, con riferimento al settore di attività, alla natura giuridica dei datori di lavoro e alla classe di ampiezza degli stessi.

<sup>539</sup> Si tratta dell'assegno ordinario di importo pari all'integrazione salariale per una durata non superiore ad un ottavo delle ore complessivamente lavorabili da computare in un biennio mobile in relazione alle causali di riduzione o sospensione dell'attività lavorativa previste dalla normativa in materia di cassa integrazione ordinaria e straordinaria.

<sup>540</sup> Ma si veda pure la disciplina dei fondi paritetici interprofessionali di cui condividono talune funzioni, disciplinati dall'art. 118, legge n. 388/2000, dall'art. 48, legge n. 289/2002, e dall'art. 1, comma 151, legge n. 311/2004, e destinati a confluire negli istituendi fondi di solidarietà.

o integrative che trovano legittimazione nella solidarietà categoriale o di settore. Tuttavia i fondi in questione si differenziano da quelli di previdenza complementare per l'obbligatorietà della loro istituzione e la conseguente vincolatività di carattere generale nei confronti di tutti i possibili destinatari. Il che vuol dire che nel caso di specie ancora più marcata risulta l'interdipendenza funzionale tra le tutele di carattere pubblicistico e quelle che vengono integralmente delegate alle parti private, secondo un paradigma ampiamente sperimentato nella previdenza complementare e riconosciuto pienamente legittimo dalla Corte Costituzionale con la famosa sentenza del 28.7.2000, n. 393, in un quadro evolutivo dei sistemi di welfare, e tuttavia quelle argomentazioni, di per sé molto problematiche alla luce dell'art. 38 Cost., non è detto debbano reggere automaticamente con riguardo alle nuove istituzioni e alle funzioni ad esse assegnate.

È chiaro peraltro che nella scelta dei fondi di solidarietà professionale vi è un implicito accantonamento dell'esperienza degli Enti bilaterali (non del bilateralismo in quanto tale), che hanno operato, specie in alcuni settori (artigianato, edilizia, terziario), in una zona d'ombra densa di problematicità, con una connotazione spiccatamente privatistica ma con pretese funzionali di valenza generale. A tralasciare ogni altro profilo problematico, la disciplina degli Enti bilaterali si è andata ad impattare con i principi liberistici – in particolare con il principio di libertà sindacale negativa – che ispirano il nostro sistema associativo-sindacale, lasciando affiorare incrostazioni di stampo neo-corporativo non a caso stigmatizzate da alcune componenti sindacali<sup>541</sup>.

### 5. I riflessi della riforma sulla flessibilità in uscita

A volere riflettere sulla struttura di base che emerge dalla riforma, per gli aspetti rilevanti in questa indagine, non si può fare a meno di rilevare un percorso logico contorto ed in parte contraddittorio, ispirato da una impostazione economicista, di stampo "cattedratico" secondo taluni, fortemente influenzato come già detto dalle indicazioni finali della "commissione Onofri", da tutti esaltate come modello ideale per una riforma del sistema di welfare, ma non a caso rimasto inattuato, non solo per ragioni finanziarie sin troppo palesi, ma per un'analoga impostazione semplificatrice non immune da spinte assistenzialistiche<sup>542</sup>.

Ma più che soffermarsi sull'ispirazione complessiva della riforma, che richiederebbe ben altra trattazione, è importante evidenziare gli effetti di un tale assetto regolamentare sulla realtà operativa. Si può allora subito enunciare l'ipotesi che la riforma abbia inciso sensibilmente sui reali processi di mobilità in uscita rendendoli più rigidi e in parte impraticabili (il che evocerebbe l'antico slogan sui "licenziamenti impossibili"). Ed invero la flessibilità in uscita nei settori più dinamici del sistema produttivo ha operato negli ultimi venti anni attraverso le procedure di mobilità, che hanno funzionato a pieno regime come strumento di riorganizzazione aziendale e a volte, anche impropriamente, quale tecnica di ricambio generazionale e di riduzione dei costi del lavoro.

Con il nuovo assetto regolamentare viene profondamente alterato l'equilibrio della L. n. 223/1991, ove si consideri che si fondava su due presupposti fondamentali: a) attribuzione di un ruolo centrale di controllo conferito ai sindacati sulle più impegnative operazioni aziendali, ruolo reso peraltro credibile dalla sensibile riduzione della contribuzione (rapportata ai licenziamenti)

<sup>541</sup> Su tale problematica cfr. l'importante sentenza Cass. 10.5.2001, n. 6530, nonché sent. Consiglio di Stato, sez. VI, 15.9.2010, n. 6732, parzialmente contraddetta dalla circ. Ministeriale n. 43 del 15.12.2010 che cerca di superare alcuni sospetti di incostituzionalità.

<sup>542</sup> Su cui v. ora L. Guerzoni (a cura di), *La riforma del welfare – dieci anni dopo la "Commissione Onofri"*, Bologna, 2008.

a carico dell'impresa nel caso del raggiungimento di un accordo; e b) possibilità di utilizzare nella fase della trattazione la consistente risorsa dell'indennità di mobilità, che attenua lo stato di disagio connesso alla perdita del posto di lavoro e lo anestetizza del tutto quando la mobilità costituisce una fase di transizione verso il pensionamento. La combinazione di questi fattori ha consentito di realizzare tassi elevati di turnover, anche generazionale, e ha inciso significativamente sul dinamismo complessivo del sistema produttivo.

Un tale equilibrio sembra ora compromesso (e l'osservazione, sia chiaro, prescinde da giudizi di valore, ma si fonda su valutazioni meramente tecniche), tanto più ove si consideri che la progressiva abolizione dell'indennità di mobilità si va ad intersecare con la crescente elevazione progressiva dell'età pensionabile. A questo proposito non può trascurarsi che nella prassi applicativa delle procedure di mobilità si è in larga misura prescelto come criterio selettivo dei lavoratori da licenziare quello della prossimità al pensionamento, per la sua intrinseca idoneità a realizzare un compromesso tra interessi divergenti con costi in gran parte esternalizzati rispetto alle economie aziendali.

In appendice a tali rilievi, va pure ricordato che il peso riconosciuto dalla legge del 1991 alle organizzazioni sindacali (e in parte agli organi amministrativi della Direzione regionale del lavoro) ha notevolmente ridimensionato il margine di sindacabilità dell'autorità giudiziaria sui licenziamenti collettivi introducendo un elemento di stabilità degli accordi particolarmente apprezzato dagli operatori coinvolti<sup>543</sup>.

Tutto ciò sembra messo in discussione dalla riforma.

Nel nuovo assetto regolamentare sarà molto difficile raggiungere accordi collettivi in mancanza di una partita di scambio così consistente quale è rappresentata dall'indennità di mobilità (per non parlare di quella lunga). Chi ha esperienza in materia, sa bene che i sindacati difficilmente sono disponibili ad avallare operazioni di riduzione della base occupazionale se non riescono a registrare un livello accettabile di consenso da parte dei lavoratori, che soltanto una valida contropartita può consentire di realizzare (non a caso molte procedure di mobilità sono contraddistinte dalla volontarietà della decisione di essere collocati in mobilità).

Inoltre, come già rilevato, l'abrogazione dell'indennità di mobilità, con i benefici connessi, si cumula con l'allungamento dell'età pensionabile, e quanto sia esplosiva una tale miscela lo illustra bene la vicenda degli esodati rimasti privi di qualsiasi fonte di reddito a seguito delle recenti riforme pensionistiche, vicenda che potrebbe diventare emblematica di una problematica di ben più ampie proporzioni.

Lo stesso legislatore della riforma ha mostrato di apprezzare ampiamente il canone selettivo della pensionabilità quale tecnica "morbida" di riduzione del personale, in particolare nella sezione III del disegno di legge (art. 52), che descrive un percorso volto a sostenere un processo negoziale

---

<sup>543</sup> Sulla ripartizione di competenze Giudice-Sindacato nel controllo delle riorganizzazioni aziendali, v. tra le ultime Cass. 16.5.2011, n. 10731; Cass. 21.2.2011, n. 4150; Cass. 12.8.2009, n. 18253; Cass. 3.3.2009, n. 5089; Cass. 23.5.2008, n. 13381; App. Milano 16.11.2010, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, n. 3, II, pag. 740, con nt. di Ferramosca. Per un'impostazione funzionalista della procedura, in alternativa a un'impostazione formalista, v. Cass. 11.1.2008, n. 528, in *Riv. Giur. Lav.*, 2009, II, pag. 191, con nt. Ferramosca; Cass. 5.6.2003, n. 9015; Cass. 16.3.2007, n. 6225, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2008, II, pag. 197, con nt. Vincieri.

di esodo volontario dei lavoratori anziani con costi integralmente a carico delle imprese<sup>544</sup>. L'operazione, che richiama l'esperienza ampiamente sperimentata nel settore del credito, si presenta tuttavia ben più problematica per i costi gravanti direttamente sull'impresa che intende avvalersi di tale soluzione. Sicché se è vero che con tale disciplina la tecnica della pensionabilità si stabilizza come tecnica privilegiata per affrontare gli esuberi del personale, si deve anche osservare che le prospettive della sua praticabilità non sembrano del tutto tranquillizzanti, ove si consideri *per un verso* la progressiva dilazione dell'età pensionabile e *per altro verso* le perplessità che affiorano nella magistratura su un criterio che potrebbe assumere una valenza discriminatoria correlata all'età.

Sotto altro profilo è inevitabile che al ridimensionamento del peso sindacale faccia riscontro un incremento del ruolo di protagonista del Giudice del lavoro, che si trova di nuovo proiettato ad esercitare un compito di supplenza per il quale non risulta affatto attrezzato (come antiche ricerche hanno ampiamente illustrato), oltretutto disponendo di un ampio margine di discrezionalità ove si consideri la vasta gamma di soluzioni, risarcitorie e reintegratorie, che potrà prescegliere. Sembra superfluo dovere rimarcare gli effetti problematici di un tale equilibrio in termini di prevedibilità, affidabilità e un'uniformità delle decisioni.

Incidentalmente deve pure rilevarsi che il legislatore, con le scelte richiamate, lascia anche affiorare un atteggiamento schizofrenico, giacché *da una parte* sembra volere precludere al Giudice del lavoro valutazioni di merito sulle scelte aziendali – secondo un'impostazione ricorrente nella produzione legislativa del Governo Berlusconi, e nettamente "teorizzata" nell'art. 30 della legge n. 183/2010, norma pienamente condivisa dall'attuale Governo che ha integrato l'art. 30, comma 1, cit., per rimarcare, quanto poteva ritenersi già implicito, e cioè che la violazione delle sue disposizioni costituisce motivo di impugnazione in Cassazione per violazione di norme di diritto (v. art. 14, comma 2) – *dall'altra parte* gli conferisce un potere valutativo che può essere esercitato soltanto attraverso una conoscenza analitica dei processi aziendali e degli obiettivi perseguiti dall'impresa.

## 6. Le modifiche alla legge n. 223 del 1991

Si può pensare che alcuni dei riflessi ipotizzati derivanti dalla riforma in corso risultano contemperati da alcune modifiche introdotte dalla legge n. 223/1991 (v. art. 15, disegno di legge). In primo luogo per quanto riguarda gli effetti derivanti dalla violazione della procedura di mobilità, ove è prevista la possibilità di sanare eventuali irregolarità nel corso della trattativa attraverso specifici accordi sindacali. Scelta apprezzabile, ove si consideri il modo a volte pedante e formalistico con cui la procedura viene interpretata da una parte della magistratura, e che tuttavia risulta ostacolata dall'evidenziata difficoltà di raggiungere intese sindacali in mancanza di valide partite di scambio.

Anche la modifica introdotta all'art. 4, comma 9, legge n. 223/1991 (secondo periodo), ove la parola "*contestualmente*" è sostituita dalla formula "*entro sette giorni dalla comunicazione dei recessi*", è ispirata da una logica di semplificazione che si può condividere, essendo francamente

<sup>544</sup> Il datore di lavoro si fa carico di una prestazione di importo pari al trattamento di pensione, oltre al versamento dei contributi sociali corrispondenti fino al raggiungimento dei requisiti pensionistici minimi. L'erogazione della prestazione avviene da parte dell'Inps, mentre il datore di lavoro è obbligato a versare mensilmente all'Inps l'importo della prestazione dovuta e della contribuzione figurativa.

sproporzionato che all'esito di una trattativa sindacale, spesso laboriosa e interminabile, l'intero iter venga invalidato da una informazione non perfettamente allineata alla comunicazione dei licenziamenti (e ciò senza contare l'incertezza che l'avverbio "contestualmente" intrinsecamente comporta). E tuttavia anche tale innovazione presenta margini di ambiguità ove si consideri che i sette giorni decorrono ora dalla comunicazione dei recessi, i quali difficilmente avvengono in un'unica soluzione per ragioni collegate alla condizione dei singoli lavoratori (permessi, malattie, ferie, etc.). Ciò, se conferma ancora una volta una certa approssimazione nella confezione dell'articolo normativo, lascia anche trasparire una visione individualistica dei processi di mobilità che ha condizionato aspetti non secondari della riforma.

Certamente sull'assetto complessivo incide il diverso regime degli effetti dei licenziamenti inefficaci o illegittimi, che nella maggior parte dei casi danno luogo a conseguenze meramente risarcitorie, eppure non bisogna trascurare che tale onere economico si aggiunge all'aumento complessivo dei costi del licenziamento (specie per quanto riguarda la "tassa di licenziamento" divenuta particolarmente onerosa in mancanza di un accordo sindacale)<sup>545</sup>.

Peraltro rimane il rimedio della reintegra per la violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare: aspetto questo particolarmente delicato nelle procedure di licenziamento collettivo, su cui si concentra la maggior parte del contenzioso giudiziario, anch'esso rimesso ad un'ampia discrezionalità valutativa del Giudice del lavoro. Infatti, dopo oltre venti anni di operatività della legge del 1991, l'elaborazione giurisprudenziale non è riuscita a chiarire *né* come effettuare una corretta ponderazione dei criteri legali, *né* come valutare le esigenze aziendali, pure formalmente preservate: se tali esigenze vengono specificate in modo troppo puntuale comportano, secondo un indirizzo ricorrente della Suprema Corte, una inammissibile "fotografia" preventiva dei lavoratori da licenziare, se invece sono enunciate in maniera troppo generica aprono il campo ad una difficile comparazione concorsuale tra le varie soluzioni soggettive implicate.

Il bilancio di tutto ciò induce a prospettare l'ipotesi, tutta da verificare sul piano empirico, che con la riforma in corso di gestazione i margini di flessibilità in uscita siano andati sensibilmente a contrarsi rispetto all'assetto precedente e che al contempo sia aumentato il livello di incertezza sull'esito delle procedure di licenziamento.

## 7. Il ruolo compensativo assegnato ai fondi di solidarietà

Il riequilibrio del sistema è affidato all'introduzione dei fondi di solidarietà, che sembrano destinati a ricostituire le differenze settoriali in gran parte eliminate. Tuttavia l'operazione risulta fortemente ostacolata dai costi che tale operazione comporta (non a caso sperimentata sin'ora soltanto in settori forti o fortemente protetti), che difficilmente potranno essere affrontati da imprese già gravate da un aumento consistente degli oneri contributivi e che nella maggior parte dei casi si trovano ad operare in situazioni di difficoltà economica e finanziaria. Sicché la soluzione ipotizzata, di ricostituire i margini perduti di flessibilità gestionale sulla base di una rinnovata interazione tra intervento pubblico, di carattere tendenzialmente generale e con una copertura

<sup>545</sup> È previsto infatti un contributo di licenziamento da versare all'Inps all'atto del licenziamento pari a 0,5 mensilità di indennità per ogni 12 mesi di anzianità aziendale negli ultimi tre anni (art. 29, comma 7). Inoltre a decorrere dall'1.1.2017, in caso di licenziamento collettivo in cui l'eccedenza di personale non abbia formato oggetto di accordo sindacale, il contributo di cui al comma 7 è versato in misura pari al triplo di quanto previsto al medesimo comma (art. 29, comma 10).

assicurativa minimalista, e intervento privato autogestito, di carattere complementare o integrativo, di per sé astrattamente accettabile, potrebbe rivelarsi non realistica almeno nell'attuale congiuntura economica. Non a caso nella stessa riforma viene già prefigurata una doppia valvola d'uscita: *a)* nella possibilità di impiegare “*ammortizzatori in deroga*” per dodici mesi, prorogabili per altri dodici (art. 37, “*gestione della transizione verso il nuovo assetto di ammortizzatori sociali*”); e *b)* nella costituzione di un fondo sociale di carattere residuale destinato a surrogare il mancato intervento delle parti sociali.

Tutto ciò sembrerebbe dare alimento ad alcune considerazioni da tempo serpeggianti nel dibattito in materia. La *prima*: i meccanismi di protezione dei redditi rispondono ad una logica settoriale conformandosi, anche storicamente, alle esigenze dei diversi sistemi produttivi e quindi il dosaggio “*tutele interne/tutele esterne*” non è detto che possa essere realizzato in modo uniforme per tutti i settori. La *seconda*: i meccanismi di protezione dei redditi richiedono intrinsecamente una certa dose di duttilità gestionale connessa prevalentemente alla ciclicità dei processi economici ed alle trasformazioni del sistema produttivo, tant'è vero che tutte le volte che si è cercato di introdurre regole di carattere vincolistico sono state progressivamente derogate. La storia degli ammortizzatori sociali racconta sin dalle origini la parabola di una costante, progressiva e inarrestabile deviazione dai criteri legali e della connessa formazione di microsistemi spontanei di protezione dei redditi a elevato tasso di condizionamento politico-sindacale.

## Il grande assente: l'Art. 19 dello Statuto\*

Franco Carinci

1. Il "Governo del Presidente": i c.d. tecnici	183
2. <i>Segue</i> : Mario Monti: tattica e strategia	184
3. La giurisprudenza costituzionale sull'art. 19, lett. b) Stat. Lav.	186
4. Rappresentatività e contrattazione delegata	193
5. La vicenda Fiat: il contratto collettivo specifico di lavoro di primo livello del 29 dicembre 2010	196
6. Una nuova chiamata in causa della Corte costituzionale	198
7. La prima giurisprudenza	200

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 144/2012

## 1. Il “Governo del Presidente”: i c.d. tecnici

Confesso che questo coniglio estratto dal cappello presidenziale quale “Governo dei tecnici” non mi è piaciuto fin dal suo battesimo, perché se, come diceva Carl Schmitt, è «sovrano... chi decide nello stato di eccezione»<sup>546</sup>, allora è in un tale stato che va valutato chi sia il reale detentore del potere. Ora, poiché nell’ambito di un sistema democratico come il nostro, la sovranità appartiene sempre e comunque al popolo, avrebbe dovuto essere proprio quest’ultimo a venir chiamato tempestivamente a consulto. Così, una volta sciolto il Parlamento, ad una maggioranza regolarmente uscita dalle urne ne sarebbe succeduta un’altra, parimenti eletta e pienamente legittimata a imporre una politica di riforme «lacrime e sangue». Ciò non è avvenuto. Oggi, c’è solo una coabitazione coatta di forze incompatibili, Pd e Pdl, fianco a fianco più per convenienza che per convinzione, al servizio di una politica voluta da un’Europa che esiste a corrente alternata.

Cammin facendo, mi sono accorto che “tecnici” lo erano nel senso negativo, di non essere eletti, non nel senso positivo di essere neutrali, perché quasi tutti avevano eccelso negli anni maturi come membri di club elitari, gestori di grandi studi, appartenenti alle alte sfere burocratiche, signori di banche ed assicurazioni, consulenti di società finanziarie, tecnocrati europei..., cioè, per dirla in breve, quali figli e rappresentanti di quel capitalismo pre-moderno, dei cui benefici avevano goduto.

Questo ero disposto a perdonarlo al “Paperopoli Cabinet”, come mi è venuto naturale soprannominarlo dopo aver conosciuto redditi e patrimoni dei suoi membri, che, certo non li facilitano nel chieder sacrifici a destra e a manca; ma non il fatto che almeno alcuni di costoro apparissero tanto poco conoscitori dei problemi di cui avrebbero dovuto farsi carico. Personalmente ho seguito con profondo disagio l’estenuante confronto sulla c.d. riforma della normativa sul mercato del lavoro, per la infinita leggerezza della conoscenza dimostrata in materia dal Presidente del Consiglio, dal Ministro del lavoro, dal Sottosegretario alla Presidenza, attraverso fin troppo frequenti esternazioni, dichiarazioni, interviste.

Sia chiaro, non ne faccio una questione di politica del diritto, perché io stesso ho avuto modo di scrivere in tempi non sospetti sulla flessibilità in entrata e in uscita, trovandomi d’accordo con chi sosteneva di controllare la prima e di liberalizzare la seconda<sup>547</sup>. Ne faccio una questione di padronanza tecnica, perché se uno studente ignorasse all’esame che già oggi è possibile per il lavoratore destinatario di un licenziamento economico provare l’esistenza di un motivo discriminatorio, con conseguente diritto al reintegro, si ritroverebbe il libretto in mano, con l’accompagnamento di un “s’accomodi”. Eppure qualcuno dei nostri Soloni ha bellamente sostenuto che proprio questo avrebbe costituito un punto a favore della riforma *in itinere*.

Ancor più grave è l’essersi accorti solo all’ultimo momento che l’art. 18 Stat. Lav. non vive a sé, sì da poter essere asportato o mutilato senza alcun effetto ulteriore; bensì in un corpo articolato e complesso, di cui occorre conoscere tutto. Non è possibile, come è successo, dimenticarsi che il procedimento per i licenziamenti collettivi lo prevede come strumento sanzionatorio; e che il regime dell’impiego pubblico privatizzato lo condivide con quello del lavoro privato, se pur con

<sup>546</sup> C. SCHMITT, *Teologia politica*, in *Le categorie del politico*, trad. it. di G. MIGLIO, P. SCHIERA, il Mulino, Bologna, 1972, pag. 39.

<sup>547</sup> F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, vol. I, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, a cura di M. MISCIONE, M. RICCI, Ipsos, Milano, 2004, pag. XXIX e segg.

qualche inevitabile adattamento. Divertente, per non dir altro, è apparso il rimpallo fra il Ministro del lavoro, che, scoprendo d'aver manipolato un articolo applicabile al privato e al pubblico privatizzato, se la cava chiamando in causa il Ministro per la pubblica amministrazione; e, a sua volta, il Ministro per la pubblica amministrazione che tranquillizza i sindacati, composti oramai prevalentemente da pensionati e dipendenti delle p.a., con l'escludere l'applicazione del "nuovo" art. 18 Stat. Lav. a quest'ultimi<sup>548</sup>. Nessuno dichiara che ci vorrà una norma *ad hoc* destinata a creare un doppio regime, ciascuno col suo bravo art. 18, anno d'immatricolazione 1970 (per il pubblico) e 2012 (per il privato), di difficile spendibilità politica e di dubbia costituzionalità.

## 2. *Segue: Mario Monti: tattica e strategia*

Si è fatta dell'esclusività della sanzione economica per il licenziamento privo di giustificato motivo obbiettivo una sorta di linea del Piave, su cui vincere o morire; mentre, oggi, dovrebbe essere il moncone dell'art. 19 Stat. Lav. a preoccupare di più. Se, invece di prender per oro colato tutto quello che ci viene da Bruxelles, spesso stimolato se non suggerito dall'interno, si prestasse orecchio a quanto succede nel bel Paese, ci si accorgerebbe come ad essere in sofferenza sia il diritto sindacale, ancor più e ancor prima di quello del rapporto individuale del lavoro. E lo è proprio dal punto di vista su cui battono e ribattono i nostri "tecnici", tutti fior fiore di economisti di professione o di aspirazione, cioè della capacità di attrarre gli investimenti.

Se lo dice Monti, è possibile che cinesi, coreani, giapponesi siano curiosi di sapere come sarà il nuovo art. 18 Stat. Lav., perché, solo se di loro gusto, porteranno capitali in Italia. Ma certo il buon Marchionne è piuttosto interessato a conoscere quale sarà il responso prevalente dei giudici sull'art. 19, così come sopravvissuto al *referendum* abrogativo del 1995. Se favorevole al reingresso della Fiom nelle società Fiat, si da vanificare completamente tutto l'ingegnoso marchingegno messo a punto dal suo autorevole *staff* di consulenti giuridici, per tener quel sindacato alla porta, lui porterà i "capitali" fuori dell'Italia.

Sia chiaro, non che si debba ritornare sull'art. 19 Stat. Lav. solo per far contento Marchionne. Si dovrebbe farlo, per restituire a chi fa impresa trasparenza e certezza circa l'individuazione della controparte sindacale e la tenuta della contrattazione aziendale; certo non senza una forte resistenza condotta da chi obietta a qualsiasi legislazione in materia, ma meno forte e meno partecipata dalla gente di quella innescata dalla prospettata riforma dell'art. 18.

Credo che Monti coltivi un disegno strategico, che costituisce lo scenario di fondo delle riforme, non per niente corrispondenti ad altrettante sfide nei confronti del sindacato, sui suoi classici terreni delle pensioni e del mercato del lavoro. Dopo aver individuato il sindacato come uno strenuo difensore di un passato sempre più anacronistico, ritiene indispensabile ridimensionarlo, con un "uno e due" in termini pugilistici, costituito da un dimagrimento del sistema pensionistico e da un allentamento del regime sui licenziamenti individuali, proposti ed imposti nei termini più rigidi: enfatizzare il braccio di ferro Governo/sindacato, per rendere il risultato positivo per il Governo ancor più rilevante. Tutto il sindacato, nessuno escluso, anche se lo scontro più duro è destinato a svolgersi con la Cgil, proprio perché caratterizzata, da sempre, da uno spirito e da un progetto fortemente connotati in senso politico.

<sup>548</sup> Riflessioni sull'attuale ruolo del sindacato, anche alla luce dei mutamenti che hanno investito la sua composizione interna in P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996; T. BOERI, A. BRUGIUVINI, L. CALMFORS (a cura di), *Il ruolo del sindacato in Europa*, Università Bocconi Editore, Milano, 2002; P. ICHINO, *A che cosa serve il sindacato?*, Mondadori, Milano, 2005.

È un ritorno inconsapevole al modello delineato dal padre costituente, per cui il mestiere del sindacato era di far contrattazione; inconsapevole, perché Monti non è certo interessato a quel modello rimasto congelato nel testo costituzionale. Bensì lo è al funzionamento fisiologico di un processo decisionale che non può essere neppure “attardato” da un confronto defatigante, ben prima che “bloccato” dall’esercizio di un potere di veto, mentre il tempo di un mondo globale fortemente instabile si è fatto sempre più accelerato. Il che equivale ad un azzeramento non solo di quella trentennale evoluzione culminata, alla fine del secolo scorso, nella “concertazione assembleare” di D’Alema; ma anche della adozione, all’inizio di questo, della formula europea del “dialogo sociale” da parte di Berlusconi, molto pubblicizzata, ma destinata a restare lettera morta, con una perpetuazione, sia pur altalenante, della vecchia prassi<sup>549</sup>.

A Monti questo pare possibile, perché la concertazione serviva a rafforzare una maggioranza relativamente debole in Parlamento, certo nella prima Repubblica, ma non meno nella seconda, dove la coalizione vincente, quando andava bene, aveva dalla sua la forza numerica ma non quella politica. Mentre ora c’è una maggioranza addirittura blindata, per essere composta dalle due forze che si sono alternate alla guida del Paese nell’ultimo quindicennio; maggioranza la quale si è dichiarata e rivelata disposta ad ingoiare un “salva Italia” dopo l’altro, con tutt’al più qualche mal di pancia.

Ma qui, direbbe il Bertoldo di turno, casca l’asino, perché il ridimensionamento del sindacato dovrebbe aver luogo proprio quando viene a dar voce ad un disagio crescente del Paese, che lo stesso abuso dei sondaggi *ad usum delphini* non riesce a nascondere, con un Monti sempre *super*, ma con il suo programma sempre più criticato e condannato in quasi ogni singolo punto. Sicché si richiederebbe un’*union sacrée* parlamentare, non un’associazione tattica di forze che si stanno riposizionando in vista delle elezioni, le amministrative di domani e le politiche di domani l’altro, sì da risultare estremamente sensibili nei confronti dei loro rispettivi elettorati, facendo emergere posizioni estremamente differenziate.

Il nostro farebbe bene a non dar più scontato il consenso di un Parlamento che, a suo giudizio esplicito, è oramai decaduto di fatto in un club di partiti rissosi, inconcludenti, delegittimati, contando sul solo fatto di essere a capo di un Governo del Presidente. Un *monstrum* costituzionale, tutto costruito, in diritto, su quel potere di scioglimento delle Camere, che sostiene la *moral suasion* del signore del Quirinale; ed in fatto, su quel rischio incombente di un collasso totale, strombazzato da larga parte dei *mass media*, che pare destinato a funzionare sempre a favore dell’inquilino di Palazzo Chigi. Quando si allontana, ne testimonierebbe l’elevata capacità; e quando si riaffaccia minaccioso, ne confermerebbe la ineludibile necessità.

Farebbe bene a non darlo più per scontato questo consenso, perché tutto ha un limite, come mostra la pur prudente presa di distanza di un Presidente della Repubblica, preoccupato di farsi identificare troppo con il Governo, fino a perdere qualsiasi ruolo di mediazione; e come conferma la tendenza della grande stampa a passare da una approvazione entusiastica del “già fatto” ad

<sup>549</sup> Sul fenomeno della concertazione sia consentito il rinvio a F. CARINCI, *La concertazione*, in *Trattato di Diritto del lavoro*, diretto da F. CARINCI, M. PERSIANI, vol. III, *Conflitto, concertazione e partecipazione*, a cura di F. LUNARDON, Cedam, Padova, 2011, pag. 911 e segg.; nonché, in un contesto più ampio, M. MARTONE, *Governo dell’economia e azione sindacale*, Cedam, Padova, 2006; più recentemente, cfr., pure, le osservazioni di G. PROIA, *Introduzione. Dalle origini al nuovo millennio*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, *Il lavoro subordinato*, a cura di F. CARINCI, t. I, *Il diritto sindacale*, coordinato da G. PROIA, Giappichelli, Torino, 2007, pag. 27; nonché amplius M. MARTONE, *Il sindacato nella società*, *ivi*, pag. 45 e segg.

una critica puntuale del “non fatto”. Sicché Monti si potrebbe ritrovare sempre più solo e delegittimato, col progressivo sfumare della sua aureola di “liberatore dai tiranni” e il prevalere di quella che apparirebbe la sua vera e autentica missione di “tagliatore dei redditi e dei consumi”.

Avrebbe bisogno di tener buoni i partiti, costretti ad accettare tutto a pacco chiuso, ma se li spazza un giorno sì ed un giorno no, pensando a ragione di lucrare la rendita dell’anti-politica, senza farsi carico della ricaduta futura quando si tornerà a votare. Avrebbe bisogno di sfidare i sindacati laddove ne valga effettivamente la pena, cioè cercando di giocare la partita che conta, di sostanza e non di apparenza, ma lo fa sull’articolo sbagliato, anzi sul comma sbagliato. Il troppo stroppia, perché già molto ha ottenuto col permettere al giudice di decidere fra reintegra e risarcimento; di più, cioè di limitarlo al licenziamento disciplinare, potrebbe anche strapparli, ma con un rischio altissimo e, comunque, con un costo elevatissimo.

Prenda l’art. 18, così com’è riuscito a farlo accettare a tutt’oggi, fermo restando che a mio giudizio produrrà più liti che posti di lavoro; e faccia dare dal suo Ministro un’occhiata attenta a quell’art. 19 Stat. Lav., che seguendo il fatidico 18, dovrebbe rintracciare senza troppa fatica. Chi vuole giocare al grande stratega ha sempre subito il fascino irresistibile di una “campagna di Russia” risolutiva; ma Carlo XII di Svezia, Napoleone, Hitler ci dicono che cedervi non porta bene, tutt’altro.

### 3. La giurisprudenza costituzionale sull’art. 19, lett. b) Stat. Lav.

Se l’art. 19 dello Statuto costituisce il problema dei problemi, lo si deve a quegli iconoclasti che promossero e sostennero il *referendum* abrogativo del 1995, certo col consenso del corpo elettorale, che, però, limitò il danno, votando sì per l’amputazione, ma non per la soppressione del testo sottopostogli<sup>550</sup>. Sarebbe, tuttavia, ingiusto porre sul banco degli imputati solo loro, che oggi annoverano pentiti autorevoli - se pur più per convenienza che per convinzione - perché c’è qualcun altro destinato a sedervi. Ciò a cominciare dal Giudice delle leggi: prima, ha dato a cuor leggero «semaforo verde» ad un duplice quesito sull’art. 19 Stat. Lav. non solo dissacrante, ma anche destabilizzante; poi, ha fatto e detto di tutto per salvare nel suo senso letterale il moncone sopravvissuto.

Quando si trattò di dire la sua sull’ammissibilità dei due *referendum* sull’art. 19, Corte cost. (sent.) n. 1/1994, li promosse entrambi, con una succinta argomentazione, tesa a sdrammatizzare la situazione che sarebbe conseguita ad una eventuale vittoria dei sì: “È vero che la norma residua ammetterebbe indiscriminatamente ai benefici del tit. III della legge qualsiasi gruppo di lavoratori

<sup>550</sup> Con riguardo alla norma di risulta, la riflessione dottrinale è apparsa subito problematica: v., già, tra i tanti, all’indomani della consultazione referendaria, G. GIUGNI, *La rappresentanza sindacale dopo i referendum*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1995, pag. 359; L. MARIUCCI, *Poteri dell’imprenditore, rappresentanze sindacali unitarie e contratti collettivi*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1995, pag. 203 e segg.; G. GHEZZI, *Forme di rappresentanza degli interessi organizzati e relazioni industriali in azienda: le ragioni per un intervento legislativo*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1996, pag. 37 e segg.; M. DELL’OLIO, M. G. GAROFALO, G. PERA, *Rappresentanze aziendali e referendum*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1996, pag. 657 e segg.; P. ICHINO, *Le rappresentanze sindacali in azienda dopo il referendum*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1996, I, pag. 124; AA.VV., *Rappresentanze e contributi sindacali dopo i referendum*, in *Quad. Arg. Dir. Lav.*, 1996, n. 1; più recentemente S. SCARPONI, *Rappresentatività e organizzazione sindacale*, Cedam, Padova, 2005; G. FONTANA, *I profili della rappresentanza sindacale*, Giappichelli, Torino, 2004; S. BELLOMO, *Il sindacato nell’impresa*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, *Il lavoro subordinato*, a cura di F. CARINCI, t. I, *Il diritto sindacale*, cit., pag. 127 e segg.

autoqualificantesi 'rappresentanza sindacale aziendale', senza alcun controllo del grado di effettiva rappresentatività. Ma il legislatore potrà intervenire dettando una disciplina sostanzialmente diversa da quella abrogata, improntata a modelli di rappresentatività sindacale compatibili con le norme costituzionali e in pari tempo consoni alle trasformazioni sopravvenute nel sistema produttivo e alle nuove spinte aggregative degli interessi collettivi dei lavoratori (cfr. sentenza n. 30 del 1990)<sup>551</sup>.

Roba che, a riprenderla in mano oggi, fa rizzare i capelli in testa. Ci si sarebbe aspettati che la Corte ricorresse anche qui alla regola classica dell'autosufficienza della situazione creata dalla possibile abrogazione referendaria, senza dover fare affidamento su una legislazione prodotta in tutta fretta per coprire il buco così creato. Peraltro, a quel che lei stessa dice, neppure di un buco si sarebbe trattato, ma di un'autentica voragine, giacché preconizza, per l'ipotesi di cancellazione totale delle lett. a) e b), una qual sorta di terra senza legge, dove "qualsiasi gruppo" potrebbe spacciarsi per rsa. Cioè, né più né meno, un totale azzeramento di quell'intento promozionale di cui al Titolo III, che l'aveva condotta a "costituzionalizzarlo", proprio perché riservato, in base alla lett. a), a protagonisti al tempo stesso autorevoli e responsabili, quali le Confederazioni maggiormente rappresentative, con la valvola di sfogo lasciata aperta dalla lett. b), per i sindacati autonomi, accreditatisi tramite la firma di contratti nazionali o provinciali<sup>552</sup>.

E, a guisa di ciliegina posta sulla torta, richiamava quella Corte cost. (sent.) n. 30/1990, che dichiarava non fondata l'eccezione di costituzionalità sollevata nei confronti dell'art. 19, se ed in quanto interpretato come norma "permissiva", che avrebbe escluso la possibilità per il datore di riconoscere i diritti sindacali ex Titolo III anche a chi non ne avesse diritto in forza delle lett. a) e b)<sup>553</sup>. Configurare l'art. 19 come norma "permissiva"<sup>554</sup>, le permetteva di mantenere ferma la scelta contraria ad una rappresentatività a misura aziendale; e le permetteva di farlo, coll'offrire una lettura *double face* della lett. b): da una parte, la stipula di *un contratto collettivo nazionale e provinciale* applicato nell'unità produttiva era sufficiente ai sindacati autonomi firmatari per assicurare l'*ingresso legale* al Titolo III; dall'altra, la conclusione di *un accordo aziendale* non poteva garantire assolutamente l'*"accesso pattizio"* al Titolo III, ai sindacati autonomi non firmatari di un contratto collettivo nazionale o provinciale.

A quanto pare, tale "accesso pattizio" era osteggiato perché tale da comportare un doppio inconveniente. Costituito, *il primo*, dal fatto che avrebbe prodotto un effetto inflazionistico, contrario

<sup>551</sup> Corte cost. 12 gennaio 1994, n. 1, in *Foro It.*, 1994, I, col. 306, con nota di R. ROMBOLI.

<sup>552</sup> Corte cost. 6 marzo 1974, n. 54, in *Giur. Cost.*, 1974, pag. 389, con nota di G. GIUGNI, su cui G. GIUGNI, P. CURZIO, *Commento all'art. 19*, in G. GIUGNI (a cura di), *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1979, pag. 303 e segg.; nonché dalla prospettiva dell'esclusione dei sindacati "monocategoriali", i saggi di G. FERRARO, M. GRANDI, G. PERA, L. SPAGNUOLO-VIGORITA, *Maggiore rappresentatività del sindacato e nuovi problemi di legittimità costituzionale*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1983, pag. 156 e segg.; Corte cost. 24 marzo 1988, n. 334, in *Mass. Giur. Lav.*, 1988, pag. 189, con nota di R. PESSI.

<sup>553</sup> Corte cost. 18 gennaio 1990, n. 30, in *Foro It.*, 1992, I, col. 30, con nota di P. BELLOCCHI; in tema v. F. LISO, *Statuto dei lavoratori e recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte Costituzionale. Alcuni spunti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1991, I, pag. 62; sulla sequenza Corte cost. nn. 54/1974, 334/1988, 30/1990 cfr. pure G. FERRARO, *Continuità ed innovazione nella giurisprudenza lavoristica della Corte Costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1991, pag. 369; per un'accurata ricostruzione delle posizioni dottrinali sul punto M. RICCI, *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Cacucci, Bari, 1999, spec. pag. 99 e segg.

<sup>554</sup> Osservazioni problematiche sul punto da ultimo in G. NATULLO, *Le RSA ieri, oggi; e domani?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo d'Antona".IT*, 2011, n. 116.

alle “ragioni che spinsero il legislatore del 1970 a scoraggiare la proliferazione di micro organizzazioni sindacali ed a favorire, secondo un’ottica solidaristica, la rappresentazione di interessi non confinati nell’ambito delle singole imprese o di gruppi ristretti ai principi costituzionali”, ragioni ritenute “tutt’ora in larga misura valide”; rappresentato, *il secondo*, dal fatto che tale accesso pattizio avrebbe costituito esercizio del c.d. potere di accreditamento del datore di lavoro, privo di qualsiasi riscontro reale, perché “il patto... non presuppone di per sé alcuna soglia minima di rappresentatività dell’organizzazione che ne sia beneficiaria, pur a livello meramente aziendale, sicché può avvantaggiare sindacati di scarsa consistenza e correlativamente alterare la parità di trattamento rispetto ad organizzazioni dotate di rappresentatività anche maggiore presenti in azienda. Pur al di fuori dell’ipotesi di sostegno al sindacato di “comodo” (art. 17), sarebbe in tal modo consentito all’imprenditore di influire sulla libera dialettica sindacale in azienda, favorendo quelle organizzazioni che perseguono una politica rivendicativa a lui meno sgradita”<sup>555</sup>.

È vero che nel passo successivo, usabile ed usato pro e contro, la Corte si dichiarava ben consapevole dell’obsolescenza del modello prefigurato dall’art. 19 Stat. Lav.; ma la considerava rimediabile non per mezzo dello “strumento negoziale, del potere di accreditamento della controparte imprenditoriale, che per quanto si è detto può non offrire garanzie di espressione della rappresentatività reale”; bensì per tramite di un intervento legislativo, auspicato e sollecitato, che, da un lato, introducesse “strumenti di verifica dell’effettiva rappresentatività delle associazioni, ivi comprese quelle di cui all’art. 19 dello Statuto” e, dall’altro, estendesse “le misure di sostegno... anche ad associazioni estranee a quelle richiamate in tale norma, che attraverso una concreta, genuina ed incisiva azione sindacale pervengano a significativi livelli di reale consenso”<sup>556</sup>.

Di lì a poco, quella Corte - che aveva dato via libera al *referendum*, anche per l’ipotesi relativa a un’abrogazione totale delle lettere *a)* e *b)* - una volta realizzatasi solo un’abrogazione parziale, si farà carico di una «rappezzatura» alla meglio. Se la soppressione della lett. *a)* non creava alcuna questione immediata, perché quei sindacati che vi avevano fatto ricorso per attestarsi sui luoghi di lavoro, potevano ora farlo tranquillamente in forza della lett. *b)* come firmatari di contratti collettivi ivi applicati nell’unità produttiva<sup>557</sup>; la creava, invece, la modifica della lett. *b)* medesima. Invero, i sindacati erano ora legittimati a costituire rsa nel proprio ambito in quanto sottoscrittori non solo di contratti collettivi nazionali e provinciali, ma anche di accordi aziendali.

Di conseguenza, Corte cost. (sent.) n. 244/1996 non potrà più utilizzare la ricostruzione dell’art. 19 quale norma “permissiva”, per escludere i contratti aziendali, che venivano, ora, equiparati implicitamente a quelli nazionali e categoriali. Cercherà di ridimensionare al massimo la nuova dizione della lett. *b)* - “contratti collettivi di lavoro applicati nell’unità produttiva” - leggendola come se i contratti aziendali potessero essere solo quelli integrativi dei nazionali o dei provinciali; ma, alla fine, dovrà interpretarla come estesa ai contratti aziendali *tout court*.

<sup>555</sup> Corte cost. 18 gennaio 1990, n. 30, cit.

<sup>556</sup> *Ibidem*; sulla crisi del modello prefigurato dall’art. 19 Stat. Lav., v. già, in dottrina, AA.VV., *Rappresentanza e rappresentatività del sindacato*, in *Atti delle Giornate di studio A.I.D.L.a.S.S.*, Giuffrè, Milano, 1990 e, in particolare, le relazioni di B. VENEZIANI, *Il sindacato dalla rappresentanza alla rappresentatività*, pag. 3 e di G. SANTORO-PASSARELLI, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale (istituzionalizzazione della rappresentanza sindacale?)*, pag. 51.

<sup>557</sup> G. GIUGNI, *La rappresentanza sindacale dopo i referendum*, cit.

Sicché sarà costretta a ritornare sui suoi passi, coll'escludere che il contratto aziendale ormai legittimato dall'amputato art. 19, lett. *b*) possa essere di per sé sospettato di esercizio di un potere di accreditamento discrezionale del datore di lavoro. A suo dire, tale accreditamento "designa il caso in cui il datore di lavoro, *nullo iure cogente*, concede pattiziamente una o più agevolazioni previste dal titolo III della legge n. 300 del 1970 alla rappresentanza aziendale di una associazione sindacale priva dei requisiti legali per averne diritto"; mentre per quella lett. *b*) "la rappresentatività del sindacato... è una qualità giuridica attribuita dalla legge alle associazioni sindacali che abbiano stipulato contratti collettivi (nazionali, locali, aziendali) applicati nell'unità produttiva"<sup>558</sup>.

Solo che non bastava dire che c'è accreditamento quando l'accesso al Tit. III è ricostruibile come effetto negoziale di un patto che si risolve sostanzialmente in un atto discrezionale del datore di lavoro; mentre non c'è, quando tale accesso è configurabile come effetto legale della sottoscrizione di un contratto collettivo aziendale. Bisognava andare oltre, a distinguere il "patto cattivo" dal "contratto buono" in base al contenuto; come la Corte fa, col sostenere che la "esigenza di oggettività del criterio legale di selezione comporta un'interpretazione rigorosa della fattispecie dell'art. 19, tale da far coincidere il criterio con la capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro, direttamente o attraverso la sua associazione, come controparte contrattuale. Non è, perciò sufficiente la mera adesione formale a un contratto negoziato da altri sindacati, ma occorre una partecipazione attiva al processo di formazione del contratto; nemmeno è sufficiente la stipulazione di un contratto qualsiasi, ma deve trattarsi di un contratto normativo che regoli in modo organico i rapporti di lavoro, almeno per un settore o un istituto importante della loro disciplina, anche in via integrativa, a livello aziendale, di un contratto nazionale o provinciale già applicato nella stessa unità produttiva"<sup>559</sup>.

Non c'è dubbio. Qui è avvertibile una chiara soluzione di continuità nella giurisprudenza costituzionale. Se, prima dell'abrogazione referendaria, Corte cost. (sent.) n. 30/1990 considerava addirittura troppo stretta la copertura assicurata dall'art. 19 Stat. Lav., lett. *a*) e *b*), tanto da ritenere che dovesse essere allargata per ricomprendervi anche i sindacati, i quali ne erano al momento esclusi, sebbene capaci di pervenire "a significativi livelli di consenso" "attraverso una concreta, genuina ed incisiva azione sindacale"<sup>560</sup>, dopo tale abrogazione, Corte cost. (sent.) n. 244/1996, restringerà ulteriormente quella copertura, col ratificare un moncone di art. 19 Stat. Lav., tale da costringere i sindacati accreditati in passato a' sensi della lett. *a*) a servirsi della lett. *b*), con un costo non avvertibile all'inizio, ma destinato a farsi sentire in seguito<sup>561</sup>.

Sarà, comunque, questa Corte cost. (sent.) n. 244/1996, a far da guida per la successiva giurisprudenza costituzionale, tanto che Corte cost. (ord.) n. 148/1997<sup>562</sup> e Corte cost. (ord.) n. 76/1998<sup>563</sup>,

<sup>558</sup> Corte cost. 12 luglio 1996, n. 244, in *Arg. Dir. Lav.*, 1996, pag. 389; cfr. il commento di G. SANTORO-PASSARELLI, *Sulla costituzionalità del nuovo art. 19 della legge n. 300 del 1970*, *ivi*, 1997, pag. 145.

<sup>559</sup> Corte cost. 12 luglio 1996, n. 244, cit.; conformemente, nella giurisprudenza di legittimità, v. Cass. 11 luglio 2008, n. 19275, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, II, pag. 1057, con nota di P. CAMPANELLA; Cass. 27 agosto 2002, n. 12584, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, II, pag. 482, con nota di M. VINCIERI; ma *contra* Cass. 11 gennaio 2008, n. 520, *ivi*, 2009, II, pag. 1057, con nota di P. CAMPANELLA; Cass. 9 gennaio 2008, n. 212, in *Mass. Giust. Civ.*, 2008, fasc. 1; Cass. 20 settembre 2004, n. 19271, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, pag. 550, con nota di R. ROMEI.

<sup>560</sup> Corte cost. 18 gennaio 1990, n. 30, cit.

<sup>561</sup> Corte cost. 12 luglio 1996, n. 244, cit.

<sup>562</sup> Corte cost. 23 maggio 1997, n. 148, in *Giur. Cost.*, 1997, pag. 1616.

<sup>563</sup> Corte cost. 26 marzo 1998, n. 76, in *Giur. Cost.*, 1998, pag. 750.

liquidano rapidamente la riproposizione della stessa eccezione, cioè quella per cui l'art. 19 lett. b) si risolverebbe in un accreditamento discrezionale della controparte datoriale, libera di assumere un sindacato come interlocutore negoziale e di ricattarlo con un "firma o vai fuori"; nonché ad influenzare la stessa giurisprudenza ordinaria<sup>564</sup>.

La successiva Corte cost. (ord.) n. 345/1996 batterà un'altra strada, per giungere, però, alla stessa conclusione. A fronte dell'affermazione del giudice remittente – secondo cui l'art. 19 lett. a) violerebbe il principio di libertà sindacale, perché porrebbe il sindacato di fronte all'alternativa del firmare un contratto non condiviso pur di lucrare il Tit. III, ovvero non firmare, ma a costo di dover rinunciare a quel Titolo - la Corte dichiarerà che la "tutela costituzionale dell'autonomia collettiva garantisce la libertà di decisione del sindacato in ordine alla stipulazione di un contratto collettivo con un certo contenuto; e dunque garantisce il sindacato contro comportamenti dell'altra parte o di terzi, in particolare del potere politico, diretti a interferire nel processo di formazione della sua volontà, turbandone la libera esplicazione. Non di questo tipo è l'incidenza che sulle scelte del sindacato può avere la considerazione dell'effetto legale, esterno al contenuto del regolamento negoziale, collegato dall'art. 19 alla sottoscrizione di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva; l'alternativa prospettata dal Pretore di Brindisi può bensì in qualche misura condizionare il sindacato, ma non viziandone la determinazione volitiva, bensì come fattore del calcolo costi-benefici che esso, come ogni contraente, deve compiere per valutare la convenienza di stipulare o no il contratto a quelle condizioni"<sup>565</sup>. Una motivazione, questa, piuttosto sbrigativa, perché, a stretto rigor di logica, è vero che la libertà dello Stato di contrattare *vis-à-vis* non è rimessa in discussione dalla previsione della firma di un contratto collettivo quale condizione di fruibilità del Tit. III; ma è, poi, troppo escludere qualsiasi coartazione sulla volontà del sindacato, riconducendo il fatto stesso della sua permanenza nei luoghi di lavoro dentro al calcolo dei costi e benefici relativi a quel determinato contratto.

Solo che la conclusione raggiunta e mantenuta ferma conteneva logica: un sindacato già rappresentativo a' sensi del criterio della "maggiore rappresentatività" di cui alla lett. a), possedeva una "rappresentatività" consolidata ed incorporata nel sistema, che solo artificiosamente poteva essere considerata conseguenza, a sensi della lett. b), della sottoscrizione di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva di riferimento. Continuare a ritenerla una qualità acquisibile *a posteriori* con quella sottoscrizione, rappresentava un'autentica forzatura rispetto alla stessa *ratio* della soluzione prospettata dalla Corte costituzionale, perché la sua interpretazione creativa della lett. b), era del tutto funzionale ad evitare "false" rappresentatività, tramite l'esercizio del c.d. potere di accreditamento del datore di lavoro.

Si obietterà che con la lett. a) era morta la stessa nozione di "maggiore rappresentatività". Il che, però, trova una precisa smentita nella stessa giurisprudenza costituzionale, che l'ha considerata sopravvissuta<sup>566</sup> secondo la nozione fatta propria dalla dottrina e dalla giurisprudenza<sup>567</sup>. Piuttosto,

<sup>564</sup> Cfr. Cass. 11 luglio 2008, n. 19275, cit.

<sup>565</sup> Corte cost. 18 ottobre 1996, n. 345, in *Not. Giur. Lav.*, 1996, pag. 655.

<sup>566</sup> Cfr. Corte cost. 12 luglio 1996, n. 244, cit.; Corte cost. 4 dicembre 1995, n. 492, in *Not. Giur. Lav.*, 1995, pag. 693.

<sup>567</sup> Corte cost. 24 gennaio 1969, n. 2, in *Mass. Giur. Lav.*, 1969, pag. 12; Corte cost. 6 marzo 1974, n. 54, cit.; Corte cost. 24 marzo 1988, n. 334, cit.; Corte cost. 19 ottobre 1988, n. 975, in *Giur. It.*, 1989, I, 1, col. 1460, con nota di C. COLAPIETRO; in dottrina, sulla nozione di "confederazione maggiormente rappresentativa" dell'art. 19 Stat. Lav., v. le pagine magistrali di F. MANCINI, *Sub art.* 19, in

la Corte è costretta a manipolarla quella nozione, sì da renderla compatibile con l'abrogazione della lett. *a*); e lo fa, a seconda dei casi, o mantenendone il radicamento all'interno dell'art. 19, per tramite d'una sua riconduzione nell'alveo della lett. *b*), oppure escludendo oramai del tutto quel radicamento statutario.

Batte la prima via Corte cost. (sent.) n. 492/1995, che riconduce la nozione all'art. 19 lett. *b*), coll'affermare che "pur se l'espressione «confederazioni maggiormente rappresentative» è stata abrogata... il criterio del grado di rappresentatività continua ad avere la sua rilevanza in forza dell'altro indice previsto dalla stessa norma e precisamente di quello che fa riferimento alle associazioni sindacali che siano firmatarie di contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva. Viene così valorizzata l'effettività dell'azione sindacale - desumibile dalla partecipazione della normativa contrattuale collettiva - quale presunzione di detta «maggior rappresentatività»<sup>568</sup>.

Percorre la seconda via Corte cost. (sent.) n. 244/1996, che sgancia la nozione dall'art. 19, col precisare che caduta "la lettera *a*) dell'art. 19, il concetto di «maggior rappresentatività» ha perduto la rilevanza di fonte di rappresentatività presunta ai fini endoaziendali. Né è possibile trasferire alla norma residua (*ex* lett. *b*), tanto meno dopo l'allargamento alla contrattazione aziendale, la funzione di modello di riferimento per la determinazione del concetto a fini extra-aziendali: le associazioni sindacali maggiormente rappresentative sono qualificate essenzialmente, oltre che dalla effettività dell'azione sindacale, dalla loro articolazione a livello nazionale e dai caratteri di intercategoriale e pluricategoriale<sup>569</sup>.

Ma se discordano sulla sua "fonte" dopo l'abrogazione della lett. *a*), le due sentenze concordano sulla sopravvivenza di quel criterio di "maggior rappresentatività" che era nato per scegliere i sindacati legittimati a nominare loro rappresentanti in comitati, commissioni, collegi; era divenuto adulto, scremando quelli titolati a costituire rappresentanze sindacali aziendali; era invecchiato, selezionando quelli autorizzati a condurre la c.d. contrattazione delegata, se pur per esser qui sostituito, all'indomani dell'abrogazione della lett. *a*), dal nuovo criterio della "rappresentatività comparativa"<sup>570</sup>.

Solo che la problematicità della lett. *b*), una volta estesa ai sindacati già legittimati a' sensi della lett. *a*), non era destinata ad emergere fino a quando questi ultimi non avessero avuto ragione di lagnarsene. Tant'è che la Corte potrà continuare a respingere tranquillamente le eccezioni presentate contro l'art. 19 lett. *b*) da "sindacati autonomi", leggendo ed applicando quella lettera

---

G. GHEZZI, F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei lavoratori. Commentario*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Zanichelli, Bologna - Roma, 1979; nonché G. GIUGNI, P. CURZIO, *Commento all'art. 19*, cit., pag. 303; R. DE LUCA TAMAJO, A. ALAIMO, *Rappresentanza sindacale aziendale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, pag. 609; sulla spendita della maggiore rappresentatività nell'ambito della legislazione successiva, tra i tanti, G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova, 1981; M. NAPOLI, *I sindacati maggiormente rappresentativi: rigidità del modello legislativo e tendenze della prassi applicativa*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1989, pag. 20 e segg.; B. CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, Franco Angeli, Milano, 1992; M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, Torino, 2003; sull'elaborazione giurisprudenziale della nozione, v., invece, F. LUNARDON, *L'elaborazione giurisprudenziale del concetto di m.r.*, *ivi*, 1989, pag. 167 e segg.; G. BOLEGO, *L'attività sindacale. I soggetti*, in *Diritto del Lavoro. Commentario* diretto da F. CARINCI, Tomo I, *Le fonti. Il diritto sindacale*, a cura di C. ZOLI, Utet, Torino, 2007, pag. 125.

<sup>568</sup> Corte cost. 4 dicembre 1995, n. 492, cit.

<sup>569</sup> Corte cost. 12 luglio 1996, n. 244, cit.

<sup>570</sup> Nozione, evoluzione e finalizzazione del concetto di rappresentatività sindacale, in P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, Giuffrè, Milano, 2000.

con notevole rigidità, per tener fuori soggetti ritenuti capaci di produrre frammentazione e deresponsabilizzazione.

V'è, tuttavia, da chiedersi – pensando alle più recenti vicende sindacali - che cosa potrebbe mai dire la Corte stessa qualora, per ipotesi, venisse chiamata a pronunciarsi sulla pretesa di un sindacato confederale come la Fiom, ieri “maggiormente rappresentativo” a’ sensi dell’art. 19 lett. a) ed oggi “comparativamente più rappresentativo” a sensi dell’indirizzo legislativo in atto; pretesa, inoltre, a vedersi riconosciuto il diritto non di “entrare”, bensì di non “essere estromesso” da un’impresa che presidia da sempre, causa il suo rifiuto di accettare un rinnovo contrattuale ovvero un nuovo contratto, non condiviso nel contenuto (sul punto cfr., comunque, *infra* § 6).

La Corte, insomma, ha avuto finora in mente un sindacato autonomo, deciso ad assicurarsi a tutti i costi un suo primo ingresso ad un Tit. III dello Statuto, che, invece, ad avviso dei giudici costituzionali, va preservato da un eccessivo affollamento. Da qui l’esigenza di interpretare l’art. 19 lett. b) nel senso della necessità di una partecipazione effettiva alla conclusione del contratto collettivo applicato nell’unità produttiva di riferimento, considerata prioritaria oltre che precedente la sua sottoscrizione.

Diverso sarebbe, invece, il caso di un sindacato confederale, come la Fiom, che ha avuto fin dall’inizio accesso al Tit. III, in forza della lett. a) e poi, della lett. b), come componente strutturale di quel sistema contrattuale articolato, tenuto a referente dallo Statuto. Un tale sindacato dà evidentemente per scontata la sua presenza attiva ad ogni livello negoziale, se è vero che il sistema in oggetto determina, di regola, la co-vigenza, nella stessa unità produttiva, non di uno, bensì di due contratti collettivi, uno nazionale, l’altro aziendale, debitamente trattati e firmati; l’eventuale rifiuto a far proprio un rinnovo contrattuale o un nuovo contratto può sempre venir compensato e ammortizzato all’interno del sistema stesso, senza comportare alcun traumatico stravolgimento.

Il problema è nato, invece, proprio con il battesimo di un altro sistema contrattuale, auto-concluso ed auto-sufficiente, quale quello Fiat (cfr. *amplius infra* § 5); ma qui sta il punto, se cioè la Corte sarebbe disposta a mantenere inalterata la sua interpretazione dell’art. 19 Stat. Lav., lett. b), così come sopravvissuta al *referendum* abrogativo, considerato che una simile interpretazione finirebbe per essere posta al servizio di un altro sistema, creato proprio al fine di sostituire il precedente. Certo sarebbe tenuta a fare i conti con un cambio radicale di prospettiva: qui il contratto collettivo che segna e realizza il passaggio dall’uno all’altro, rappresenta il vero e proprio atto costitutivo del “nuovo” sistema, non un mero e semplice rinnovo normativo nell’ambito del “vecchio”, sì da dare all’eventuale rifiuto di sottoscriverlo un ben diverso significato e rilievo.

Non solo, perché anche il nuovo sistema contrattuale deve vivere all’interno di un ordinamento giuridico dove è ormai del tutto consolidato quell’indirizzo legislativo che attribuisce alle oo.ss. comparativamente più rappresentative un ruolo assolutamente preminente; dato, questo, che non pare *a priori* privo di qualsiasi rilievo con riguardo al nostro discorso. C’è stato un processo “di andata”, che ha riguardato il criterio della “maggior rappresentatività”, usato in passato per selezionare le oo.ss., con, a punto di partenza la costituzione delle rsa e, di arrivo, la conduzione della c.d. contrattazione delegata. Potrebbe, però, anche esserci un processo “di ritorno”, che investe il criterio della “rappresentatività comparativa”, utilizzabile per scegliere le oo.ss., con già oggi, a punto di partenza, la gestione della c.d. contrattazione delegata e, domani, di arrivo, la creazione delle rsa.

#### 4. Rappresentatività e contrattazione delegata

Come noto, l'intervento promozionale dello Statuto dei lavoratori, così come espresso nel Tit. III, era diretto a favorire la presenza sindacale nei luoghi di lavoro, tramite la costituzione di rsa ex art. 19, cui ricondurre la massima parte della dote prevista dagli articoli successivi. Non era, al contrario, un intervento orientato a sostenere, almeno direttamente, la contrattazione collettiva, se si eccettuano gli artt. 4 e 6, in tema di impianti audiovisivi e di visite personali di controllo. Sarà, invece, la legislazione successiva ad estendere l'intervento promozionale al versante negoziale, elevando la contrattazione collettiva a "fonte" integrativa, suppletiva o derogatoria della sua disciplina, la c.d. contrattazione delegata.

Quanto ai soggetti legittimati a condurre la contrattazione delegata, il legislatore, qualche volta ha adottato la formula di cui all'art. 19, lett. a), com'è nel famoso art. 23, l. n. 56/1987, che ha consentito ai "contratti collettivi di lavoro stipulati con i sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative" l'individuazione di nuove ipotesi di legittima apposizione del termine, in deroga alla l. n. 230/1962. Qualche altra volta, ha optato per la diretta chiamata in causa delle rsa e delle rispettive associazioni di categoria, com'è nell'art. 4, co. 2, l. n. 223/1991 in tema di procedure di mobilità, che apre la via al co. 11 (deroga all'art. 2103 Cod. Civ.) e all'art. 5, co. 1 (criteri di scelta)<sup>571</sup>.

Nella gran parte delle ipotesi, tuttavia, il legislatore ha ritenuto superflua una rigida individuazione "a monte" dei soggetti contraenti; e ciò non senza una ragione, quale data dalla rigida concentrazione oligopolistica della nostra contrattazione collettiva a capo di Cgil, Cisl, Uil. Così, ancor prima della sua consacrazione formale nel Protocollo del luglio del '93, si è potuto parlare di "contrattazione collettiva delegata" senza alcuna precisazione in merito alle oo.ss. firmatarie. Il riferimento è all'art. 2120, co. 2, Cod. Civ., (*Disciplina del trattamento di fine rapporto*), come modificato dall'art. 1, l. n. 297/1982, che, con riguardo alla nozione di retribuzione annua rilevante per il calcolo del tfr, fa "salva" ogni "diversa previsione dei contratti collettivi", senza nulla aggiungere in merito ai sindacati stipulanti; all'art. 6, co. 2, l. n. 190/185 (*Quadri intermedi*), che, per l'individuazione dei requisiti di appartenenza alla categoria dei quadri, rinvia genericamente alla "contrattazione collettiva nazionale o aziendale"; all'art. 2112, co. 3, Cod. Civ. (*Trasferimento d'azienda*), come sostituito dall'art. 1, d.lgs. n. 18/2001, che fa richiamo ai "trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti...", sostituibili

<sup>571</sup> Sui modelli di "deroga", si v. il saggio, tuttora attuale, di G. GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1986, pag. 335; nonché G. FERRARO, *Fonti autonome e fonti eteronome nella legislazione della flessibilità*, ivi, 1986, pag. 674; il tema è stato oggetto di numerosi contributi, anche a carattere monografico - v. G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia e dissenso*, Giuffrè, Milano, 1994; M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2006; G. FONTANA, *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2010; da ultimo, con riguardo alla recente vicenda FIAT, R. PESSI, *Contrattazione in deroga*, in F. CARINCI (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Ipsoa, Milano, 2011, pag. 27 - e, come noto, rinvia, più in generale, a quello della diversificazione funzionale del contratto collettivo, su cui R. DE LUCA TAMAJO, *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1985, I, pag. 16; G. VARDARO, *Differenze di funzioni e di livelli fra contratti collettivi*, in *Lav. Dir.*, 1987, pag. 229; M. D'ANTONA, *Pubblici poteri nel mercato del lavoro. Amministrazione e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1987, I, pag. 226; ID., *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, pag. 455; G. PROIA, *Il contratto collettivo fonte e le "funzioni" della contrattazione collettiva*, in AA.VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, in *Atti delle Giornate di studio A.I.D.La.S.S.*, Giuffrè, Milano, 2002; M. RUSCIANO, *Tecnica e politica nella funzione del contratto collettivo*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2009, pag. 553.

“da altri contratti collettivi applicabili all’impresa del cessionario”; all’art. 2, co. 2, l. n. 146/1990 (*Disciplina del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*), come modificato dall’art. 1, l. n. 83/2000, il quale parla di amministrazioni ed imprese erogatrici, che “concordano, nei contratti collettivi o negli accordi di cui al decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29... le prestazioni indispensabili”<sup>572</sup>.

Proprio quest’ultima legge, estesa al settore privato e pubblico privatizzato, ci testimonia la diversità della strada percorsa dalla promulgazione del d.lgs. n. 29/1993 per quel che riguarda la legittimazione a svolgere la contrattazione collettiva non delegata. Nel settore privato si conserva il principio del reciproco riconoscimento; nel settore pubblico privatizzato si rinvia alla “maggior rappresentatività”, peraltro, affidata, dal testo originario dell’art. 47 di quel decreto, “ad un apposito accordo tra il Presidente del Consiglio dei Ministri... e le Confederazioni sindacali”, lasciandosi, così, sopravvivere nell’intermezzo l’art. 8 d.p.r. n. 395/1988. Diversità, questa, che la consultazione referendaria del 1995 avrebbe ulteriormente accentuato, perché l’abrogazione dell’art. 19, lett. a), Stat. Lav. non avrebbe certo avuto effetto alcuno sul principio del reciproco riconoscimento; mentre quella dell’art. 47, d.lgs. n. 29/1993 avrebbe aperto la via ad una rappresentatività calcolata con riguardo al comparto, secondo una combinazione associativa/elettiva poi recepita dall’art. 43 d.lgs. n. 165/2001.

Se è vero che l’abrogazione dell’art. 19 lett. a) non ha coinvolto il principio del reciproco riconoscimento fra le oo.ss. intenzionate a svolgere la contrattazione non delegata; è altrettanto vero che ha indotto il legislatore a varare una nuova formula selettiva delle oo.ss. legittimate alla contrattazione delegata, cioè quella di “sindacato comparativamente più rappresentativo”<sup>573</sup>. Non è il caso di soffermarsi a ricercarne l’esatta portata, se non per rilevare come essa costituisca sempre una “qualità” *a priori*, se pur caratterizzata da una soluzione di continuità resa evidente dalla stessa denominazione: la valutazione “assoluta” propria della maggiore rappresentatività, per cui poteva averla chiunque possedesse i relativi indici, è sostituita da una valutazione “comparativa”, per cui può averla solo chi occupi i primi posti di una potenziale graduatoria, a quanto sembra, fatta sempre in base agli stessi indici<sup>574</sup>.

Qui conta che, a partire dal passaggio di secolo, tende ad affermarsi la regola che siano le oo.ss. comparativamente più rappresentative a poter condurre la contrattazione delegata. Ciò sia pur con qualche iniziale oscillazione, per cui, se già il d.lgs. n. 61/2000 (*part-time*) e il d.lgs. n. 368/2001 (*contratto a termine*) vi appaiono allineati, il d.lgs. n. 66/2003 (*orario di lavoro*) non lo

<sup>572</sup> Sui rinvii, oltre agli autori già citati, cfr. F. LUNARDON, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo e democrazia sindacale*, Giappichelli, Torino, 1999, pag. 242 e segg.

<sup>573</sup> Un’analisi della nozione è già presente in G. PERA, *Note sui contratti collettivi “pirata”*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1997, I, pag. 381; A. LASSANDARI, *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, in *Lav. Dir.*, 1997, pag. 261; M. MISCIONE, *Il lavoro interinale tra contratto di lavoro e contratto di fornitura*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1997, pag. 2076; F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in AA.VV., *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Atti delle Giornate di studio A.I.D.La.S.S.*, Giuffrè, Milano, 1998, pag. 3; L. SILVAGNA, *Il sindacato comparativamente più rappresentativo*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1999, pag. 211.

<sup>574</sup> V., in particolare, G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2006, pag. 74 ed anche A. LASSANDARI, *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, in *Lav. Dir.*, 1997, pag. 290; ma per considerazioni problematiche cfr., per tutti, M. D’ANTONA, *Il quarto comma dell’art. 39 della Costituzione, oggi*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, pag. 675; M. V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2007, pagg. 132-133; in giurisprudenza cfr. Trib. Monza, 17 settembre 2009, in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, II, pag. 188 per il riferimento al criterio della consistenza associativa del sindacato.

è, riferendosi ancora ai contratti collettivi in generale, senza alcuna specificazione degli agenti. Col *d.lgs. n. 276/2003*, tuttavia, la svolta è decisiva, dato il costante richiamo alla rappresentatività comparata, fra l'altro, con l'adozione della particella indeterminata "da" (invece che "dalle") dinanzi a "organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative", sì da far dedurre, a ragione, la possibilità di una contrattazione delegata "separata"<sup>575</sup>. Tant'è che, a distanza di anni, ritroveremo la stessa formula ormai consolidata nel *d.lgs. n. 167/2011, c.d. testo unico sull'aprendistato*, se pur sempre con qualche oscillazione a favore della vecchia formula.

Ancor più avanti si spinge quell'*art. 8, l. n. 148/2011*, che dopo aver letteralmente spaccato il mondo politico-sindacale, è stato "congelato" dalla clausola aggiunta il 21 settembre 2011, in sede di firma definitiva dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011; per essere, poi, completamente dimenticato come se fosse stato implicitamente abrogato, tanto che in tutto il tormentato e tormentoso confronto Governo/parti sociali sul mercato del lavoro non pare sia stato richiamato neppure una volta. Stando alla sua lettera contorta, le oo.ss. comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero le loro rappresentanze operanti in azienda a' sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, possono sottoscrivere contratti territoriali o aziendali che realizzino "specifiche intese" nelle materie debitamente elencate, derogatorie alla contrattazione di categoria ed alla normativa di legge, sempreché sottoscritte "sulla base di un criterio maggioritario", con un'efficacia estesa a tutta la forza lavoro interessata<sup>576</sup>.

Ora, quel che qui interessa enfatizzare è la rilevanza assegnata dalla legge ad oo.ss. solo perché dotate di una "rappresentatività" che - se fosse applicabile ed applicata la regola mutuata dall'impiego pubblico privatizzato da parte dell'accordo interconfederale 28 giugno 2011 per selezionare quelle legittimate a condurre la contrattazione nazionale di categoria - potrebbe essere riconosciuta in forza del possesso di un 5%, calcolato a livello nazionale fra dato associativo e dato elettorale. Senza che enfatizzarla voglia dire ignorare o sottovalutare come una contrattazione anche "separata", fornita di tale capacità derogatoria alla normativa di legge ed efficacia generale, appaia di assai dubbia costituzionalità, oltre che di problematica attuazione<sup>577</sup>.

<sup>575</sup> F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, cit., pag. XXIX; in tema, G. ZAMPINI, *Il sindacato "comparativamente più rappresentativo" nella c.d. riforma Biagi*, in *Italian Labour Law e-Journal*, [www.diritto-dellavoro.it](http://www.diritto-dellavoro.it); S. SCARPONI, *Rappresentatività e organizzazione sindacale*, cit., pag. 122 e segg.; P. LAMBERTUCCI, *Contratto collettivo, rappresentanza e rappresentatività sindacale: appunti per il dibattito*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009, pag. 576 e segg.; un elenco aggiornato delle disposizioni che rinviano al "sindacato comparativamente più rappresentativo" in M. PERSIANI, *Diritto sindacale*, Cedam, Padova, 2011, pag. 91.

<sup>576</sup> Sull'*art. 8 l. n. 148/2011* cfr. *amplius* F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2011, n. 133, spec. pag. 23 e segg., cui *adde* G. FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 decreto n. 138/2011*, *ivi*, 2011, n. 129; V. FILI, *Contrattazione di prossimità e poteri di deroga nella manovra di ferragosto (art. 8 d.l. n. 138/2011)*, in *Lav. Giur.*, 2011, pag. 977; nonché i numerosi contributi dottrinali apparsi in *La contrattazione collettiva di prossimità. Un confronto a più voci sull'articolo 8 della manovra 2011*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, n. 1, pag. 1 e segg.; in senso fortemente critico circa l'orientamento di politica economica sotteso all'intervento governativo cfr. altresì A. PERULLI, V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, *ivi*, 2011, n. 132.

<sup>577</sup> Per un più approfondito esame dei problemi di costituzionalità legati all'*art. 8*, si rinvia a F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit.

Certo le rappresentanze sindacali aziendali ivi identificate a' sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali sono quelle di cui all'art. 19, lett. b). Ma appare evidente dal testo normativo e dal richiamato accordo interconfederale 28 giugno 2011, una netta e chiara preferenza per la trasformazione delle rsa in rsu<sup>578</sup>, le quali permettono, in quanto elettive, una verifica concreta della rappresentatività e, in quanto unitarie, una individuazione rapida e chiara di quella maggioranza richiesta per licenziare le "specifiche intese". Ciò significa che l'eventuale esclusione dell'astratta possibilità di costituire la propria rsa, per il venir meno della precondizione richiesta dall'art. 19 lett. b), rappresenta una evenienza "traumatica" per il sistema, non solo sindacale, ma anche legale, giacché destinata ad avere come inevitabile ricaduta l'eliminazione della rsu.

Non dovrebbe essere difficile cogliere la rilevanza di questa carrellata con riguardo alla questione che qui ci interessa, perché viene ad evidenziare una certa incoerenza sistemica, per cui un sindacato comparativamente più rappresentativo avrebbe titolo a negoziare un contratto integrativo, suppletivo, derogatorio rispetto alla legge; ma non di costituire una rsa in un'impresa, per non soddisfare al momento la precondizione di cui all'art. 19 lett. b), cioè di aver non solo trattato, ma anche sottoscritto un contratto che vi sia applicato, fosse anche per averlo rifiutato in quanto costitutivo di un nuovo sistema sindacale ritenuto inaccettabile.

### 5. La vicenda Fiat: il contratto collettivo specifico di lavoro di primo livello del 29 dicembre 2010

Non è certo il caso di riprendere la vicenda Fiat, così come scandita dall'accordo di Pomigliano 15 giugno 2010 e dall'accordo di Mirafiori 23 dicembre 2010, se non per segnalarne l'evoluzione secondo una duplice fase: la prima *soft*, in cui la Fiat è ancora orientata a rimanere nella Confindustria, sì da far propria una soluzione compromissoria, quale data dalla sottoscrizione di un mero contratto aziendale derogatorio di quello categoriale; la seconda *hard*, in cui la società, decisa ad uscire da Confindustria, si orienta verso una soluzione *tranchant*, quale data dalla firma di un contratto di primo livello sostitutivo del c.c.n.l.<sup>579</sup>.

Deve essere ribadito come fosse del tutto comprensibile il punto di vista sostenuto dalla Fiat, cioè di poter contare su un contratto che, una volta sottoscritto ed approvato tramite *referendum*, risultasse vincolante anche per un'organizzazione sindacale non firmataria, se pur la "clausola di responsabilità" predisposta all'uopo suonasse eccessiva. E va ribadito, altresì, come sia stata non tanto l'opposizione dura, effettuata dalla Fiom nel corso dell'intera trattativa, quanto

<sup>578</sup> Da ultimo, in tal senso, anche G. NATULLO, *Le RSA ieri, oggi; e domani?*, cit., pagg. 16-17.

<sup>579</sup> Sul punto cfr. *amplius* F. CARINCI, *Se quarant'anni vi sembran pochi: dallo Statuto dei lavoratori all'Accordo di Pomigliano*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2010, n. 108; ID., *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, ivi, 2011, n. 113; ID., *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit.; in tema, cfr., poi, tra i tanti, R. DE LUCA TAMAJO, *Accordo di Pomigliano e criticità del sistema di relazioni industriali italiane*, in Riv. It. Dir. Lav., 2010, I, pag. 797; A. ACCORNERO, *Pomigliano d'Arco: ovvero, la parabola del contratto*, in Dir. Lav. Merc., 2010, pag. 255; G. P. CELLA, *Pomigliano e Mirafiori: incertezze e "fallimenti" nelle culture sindacali*, in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 2011, pag. 103; B. CARUSO, *La rappresentanza negoziale irrisolta. Il caso Fiat tra teoria, ideologia, tecnica... e cronaca*, in Riv. It. Dir. Lav., 2011, III, pag. 265 e segg.; G. FERRARO, *Le relazioni industriali dopo "Mirafiori"*, in Riv. Dir. Sic. Soc., 2011, pag. 119 e segg.; P. BELLOCCHI, *Rappresentanza e diritti sindacali in azienda*, in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 2011, pag. 543 e segg.; A. BOLLANI, *Contratti collettivi separati e accesso ai diritti sindacali nel prisma degli accordi FIAT del 2010*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2011, n. 124; V. BAVARO, *Contrattazione e relazioni industriali nell'«archetipo» FIAT di Pomigliano d'Arco*, in [www.cgil.it/Archivio/Giuridico/Contrattazione/QRS\\_Pomigliano.pdf](http://www.cgil.it/Archivio/Giuridico/Contrattazione/QRS_Pomigliano.pdf) e in *Quad. Rass. Sind.*, 2010, n. 3, nonché i numerosi contributi dottrinali apparsi in F. CARINCI (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, cit. e in *Le relazioni industriali dopo Mirafiori e Pomigliano: opinioni a confronto*, in Dir. Rel. Ind., 2011, pag. 362 e segg.

la determinazione, espressa dalla stessa dopo l'approvazione referendaria dei testi contrattuali, di condurre una autentica guerriglia, a far scegliere alla Fiat l'unica alternativa che le appariva praticabile: mettere alla porta un'organizzazione sindacale irriducibile, costruendo un sistema contrattuale autonomo ed autosufficiente, tale da permetterle di utilizzare alla bisogna l'art. 19 lett. b).

Tale sistema è quello messo a punto dal contratto collettivo specifico di lavoro di primo livello 29 dicembre 2010, nella stesura definitiva del 13 dicembre 2011, concluso tra Fiat s.p.a. e le società del gruppo, nonché Fiat Industrial s.p.a. e le società del gruppo, da un lato, e Fim-Cisl, Uilm-Uil, Fismic, Ugl Metalmeccanici e l'Associazione Capi e Quadri Fiat, dall'altro. Definendolo, in Premessa, "contratto collettivo specifico di lavoro di primo livello", integrabile con specifici accordi aziendali, s'intende considerarlo in tutto e per tutto sostitutivo del c.c.n.l., sì da dar vita ad un sistema contrattuale auto-concluso ed auto-sufficiente rispetto a quello confindustriale, cui la Fiat non appartiene più, regolato da un proprio complesso di regole di cui al suo tit. I<sup>580</sup>.

Secondo quanto scritto in Premessa a tale tit. I, circa il carattere partecipativo e tendenzialmente non conflittuale di tale sistema, il punto critico è rintracciabile nella sua seconda parte dello stesso titolo, dedicata alle regole contrattuali, sotto l'art. 12. Vi è prevista la c.d. clausola di responsabilità, tanto estesa da colpire sia l'inosservanza degli impegni assunti o la tenuta di comportamenti incompatibili da parte delle oo.ss. e/o loro rsa, sia comportamenti individuali e/o collettivi dei lavoratori idonei a compromettere significativamente l'equilibrio contrattuale, con la perdita dei benefici in termini di contributi e di permessi sindacali concessi *ex contractu*.

Nella prima parte del tit. I, dedicata ai diritti sindacali, l'art. 1 prevede che "Rappresentanze sindacali aziendali possono essere costituite ai sensi dell'art. 19 della legge 20 maggio 1970, n. 300, dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori firmatarie del presente contratto collettivo", così andando ben oltre un mero rinvio a quell'articolo, ma affermandone *apertis verbis* quel che si ritiene esserne il risultato *in casu*. In breve, l'art. 19, così come ridotto alla sola lett. a) presuppone, per la costituzione di una rsa, che un sindacato abbia sottoscritto un contratto applicabile nell'impresa; ma l'unico contratto applicabile nella realtà Fiat è quello specifico di primo livello 29 dicembre 2010, sicché solo le oo.ss. sindacali sottoscrittrici sono legittimate a dar vita a proprie rsa.

Una nota a verbale di questo art. 1 rinvia all'allegato n. 6, che riguarda non quella indicata pudicamente come "individuazione dei criteri di ripartizione delle Rappresentanze aziendali tra le organizzazioni sindacali firmatarie"; ma l'impegno delle oo.ss. firmatarie a costituire un'unica rsa in ciascuna unità produttiva, "a seguito di una consultazione elettorale su base proporzionale pura, su liste contrapposte, a suffragio universale, a collegio unico" (salvo un eventuale collegio specifico per gli impiegati e professionali). Viene, peraltro, prevista, una duplice clausola di salvaguardia di una rappresentanza pluralista: se una o.s. consegue il totale dei componenti, deve cederne uno a quella che risulta seconda per numero di voti; e se una o più oo.ss. raggiungono l'8% dei voti, senza poter contare su neppure un componente, ne riceveranno uno a testa da quelle che hanno avuto il maggior numero di voti.

Se pur la si chiama rsa, questa, ricostruita come unitaria ed elettiva, è una rsu riservata alle oo.ss. firmatarie, sicché, se pur non detto espressamente, solo loro potranno presentare liste. Dato,

<sup>580</sup> F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., pag. 7; G. FERRARO, *Le relazioni industriali dopo "Mirafiori"*, cit.

questo, pienamente confermato dalla duplice clausola di salvaguardia laddove introduce compensazioni solo fra le oo.ss. firmatarie, proprio perché presume che queste e non altre siano legittimate a partecipare alle elezioni, a ottenere voti, ad avere rappresentanti. D'altronde, la finalità perseguita era di tenere fuori la Fiom, sicché sarebbe risultato del tutto incoerente lasciare aperta la presentazione delle liste, sì che, esclusa dalla "porta" dell'art. 19 lett. a), tale organizzazione potesse rientrare dalla "finestra" della consultazione elettorale.

Ora, non v'è dubbio che la previsione di una rsa-rsu per ogni unità produttiva, con a suo criterio decisionale per "gli atti negoziali" quello della maggioranza assoluta dei componenti, risponde al convergente interesse della Fiat e delle oo.ss. firmatarie potenzialmente più forti, Fim-Cisl ed Uilm-Uil. Tuttavia, il carattere "chiuso" del processo elettorale risulta non solo politicamente, ma anche giuridicamente discutibile. A giudizio di chi scrive, esso appare preclusivo di un eventuale utilizzo dell'art. 8, l. n. 148/2011, perché vi si richiede che l'intesa specifica ivi richiamata sia sottoscritta "sulla base di un criterio maggioritario", che, a' sensi del rinvio operato all'accordo interconfederale 28 giugno 2011, sarebbe costituito dalla maggioranza assoluta della rsu; ma tale rsu è quella eletta secondo l'accordo interconfederale del dicembre 1993.

Ed appare, altresì, non escluso in partenza un possibile ricorso per comportamento anti-sindacale nei confronti della Fiat stessa per l'eventuale rifiuto opposto alla presentazione di una lista non patrocinata da alcuna delle oo.ss. firmatarie, ma presentata da un'organizzazione la cui rappresentatività risulti dal numero delle firme di accompagnamento. Se è vero che la consultazione elettorale riguarda le oo.ss. firmatarie; è anche vero che l'art. 1, sulla costituzione delle rsa, fa corpo con l'allegato 6, richiamato dalla contestuale nota a verbale; e che di fatto è la Fiat a lucrare per prima dall'esistenza di una rsa-rsu a consultazione elettorale riservata.

Ciò, ovviamente, è opinabile. Tuttavia appare formalmente corretto, ma sostanzialmente eccessivo, l'affidamento fatto dagli inventori del "sistema Fiat" nei confronti della lettura offerta dalla Corte dell'art. 19 lett. b). Tale interpretazione è stata elaborata a difesa del sistema allora esistente, col rendere più selettivo l'accesso del sindacalismo autonomo al Tit. III dello Statuto, sì da lasciarlo più ampiamente ed incisivamente fruibile dal sindacalismo confederale, attraverso la formula unitaria ed elettiva, costituita dalla rsu. Mentre, ora, dovrebbe essere utilizzata per un altro sistema, inventato e messo a punto proprio per sostituire quello precedente, tramite un *aut-aut* circa la sottoscrizione del contratto che ne costituisce l'autentico atto costitutivo.

Senza tener conto che qualche rilevanza dovrà pur averla quella incoerenza sistemica emersa pienamente solo dopo che Corte cost. (sent.) n. 244/1996<sup>581</sup> aveva licenziato l'interpretazione in parola, data da una "rappresentatività comparativa" che, con riguardo alla selezione delle oo.ss. risulterebbe rilevante fino ad essere pregiudizievole per la c.d. contrattazione delegata e irrilevante fino ad essere del tutto ignorata per la costituzione delle rsa.

## 6. Una nuova chiamata in causa della Corte costituzionale

Se questa è ormai storia, la cronaca ci ritorna la offensiva giudiziaria della Fiom, alla ricerca di qualche tempestiva decisione favorevole. Il che spiega sia l'autentica alluvione di ricorsi, dispersi

<sup>581</sup> Corte cost. 12 luglio 1996, n. 244, cit.

sull'intero territorio nazionale; sia la relativa freddezza nei confronti di un'eccezione di costituzionalità, destinata non solo a sfidare una giurisprudenza a tutt'oggi contraria della Corte; ma, comunque, a richiedere troppo tempo.

C'è, però, da tenere presente che l'eccezione di costituzionalità è quella che più e meglio potrebbe aprire la via ad una risposta generale e definitiva, perché la giurisprudenza ordinaria fornisce, qui come altrove, soluzioni episodiche e provvisorie, destinate a stabilizzarsi unicamente con le prime sentenze di legittimità. Inoltre, queste soluzioni tendono a riguardare solo quel contratto collettivo che ha segnato il passaggio da un sistema all'altro: restano radicate nel passato; non sono in grado di proiettarsi nel futuro. A bocce ferme, possono determinare la riammissione della Fiom ora; ma non possono garantirla per il futuro; se potessero farlo, allora verrebbe meno lo stesso motivo del lungo e faticoso parto dell'intero sistema Fiat, come distinto ed autonomo rispetto a quello confindustriale.

È vero che la risposta della Corte potrebbe essere non solo tardiva, ma anche negativa, visto che la stessa, dopo Corte cost. (sent.) n. 244/1996<sup>582</sup>, non ha mostrato la minima esitazione rispetto alla scelta fatta allora. Ma non l'ha mostrata a fronte della stessa ed identica argomentazione, che, cioè, l'art. 19, lett. b) Stat. Lav., così come attualmente modificato, si risolverebbe in una sorta di "cambiale in bianco", rilasciata al datore di lavoro, che la utilizzerebbe a favore di quel sindacalismo autonomo, visto come vero e proprio "fumo negli occhi". Oggi la cosa potrebbe presentarsi diversamente, perché l'argomentazione dovrebbe puntare non solo sull'autentica violenza perpetrata ai danni dello Statuto per effetto dell'abrogazione referendaria, che ha elevato a regola generale una lett. b) estesa anche alla contrattazione aziendale, sì da falsarne completamente la natura; ma anche e soprattutto sulla ricaduta patologica di questa regola, tale da far entrare sindacati autonomi di dubbia presenza ed autenticità, lasciando, al tempo stesso fuori dalla porta sindacati confederali di sicura rappresentatività e genuinità.

D'altra parte, la Corte non dovrebbe più continuare a mostrare un'incredibile tolleranza, temperata solo da sollecitazioni intense e sofferte, destinate comunque a restare "lettera morta", nei confronti di un sistema sindacale di fatto, che, così come ripreso e valorizzato dal legislatore, tende a trasformarsi da acostituzionale in anti-costituzionale. Non è solo l'art. 19, lett. b), Stat. Lav. a venire in questione, bensì l'intera contrattazione delegata, con riguardo alla selezione delle oo.ss. legittimate, la conduzione e conclusione del contratto collettivo, la relazione fra i livelli, la forza derogatoria rispetto alla legge, l'efficacia nei confronti dei destinatari.

È vero, questo richiederebbe un passaggio costituzionale obbligato, costituito da un adeguamento dell'art. 39, co. 2 ss. Cost.<sup>583</sup>, vero compito riservato a chiunque volesse passare alla storia di questo Paese come grande riformatore. Un passaggio – è noto - tante volte tentato e tante volte fallito, perché qui si andrebbe a rimettere in discussione un equilibrio tanto instabile quanto consolidato, frutto di un sistema, che, certo, diviene sempre più complicato, contraddittorio, con-

<sup>582</sup> *Ibidem*.

<sup>583</sup> I motivi dell'inattuazione in G. GIUGNI, *Commento all'art. 39*, A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna - Roma, 1979; sul tema, v., poi, tra i tanti, soprattutto il prezioso contributo di G. PERA, *Problemi costituzionali del diritto sindacale*, Feltrinelli, Milano, 1960, nonché, più recentemente, P. BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, Cedam, Padova, 1998; per la tesi, invece, del superamento di fatto del "modello costituzionale", M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, cit., pag. 665 e segg.

fuso, fino e oltre il limite dell'ingestibile; ma che ha dalla sua una lunga tradizione, tanto da apparire preferibile a chi ci convive piacevolmente e inevitabile a chi, invece, vi alberga spiacevolmente.

“L'ottimo è”, però, “nemico del buono”. Così, ci si potrebbe accontentare anche solo che la Corte costituzionale battesse un colpo al riguardo, scegliendo quanto forte debba essere. Se desse mostra della stessa oggi auspicabile imprudenza con cui, a suo tempo, diede via libera al quesito referendario “massimalista”, pur prospettandosi un possibile vuoto totale, eliminerebbe di brutto l'art. 19, lett. b), Stat. Lav., passando la patata bollente ad un legislatore distratto, pigro, ma soprattutto timoroso. Se, invece, desse retta al suo bel collaudato *horror vacui*, ben potrebbe procedere oltre, affrontando e superando le contraddizioni insite nella soluzione proposta e tenuta ferma a tutt'oggi: limitandosi a riconoscere che la partecipazione attiva alla formazione del contratto collettivo è requisito sufficiente per poter aver accesso al Titolo III; oppure, spingendosi ben oltre, fino ad ammettere, che il carattere di “sindacato comparativamente più rappresentativo”, debitamente ancorato ad un requisito associativo/elettivo notevolmente selettivo, sia, di massima, titolo sufficiente per essere ammesso al tavolo negoziale.

Tutto, però, dovrebbe contare su un punto fermo, perché non è concepibile che un sindacato acquisisca e mantenga un diritto pieno di cittadinanza solo per condurre meglio la guerriglia dall'interno. Una volta che il contratto collettivo sia stato approvato secondo un criterio democratico, maggioranza delle rsa o della rsu e/o conferma referendaria, questo fa testo anche per chi l'abbia contestato e rifiutato.

Un programma non da Corte, ma da legge, si dirà con ragione. Ma a prescindere dal fatto che la Corte ci ha dato in passato prova di ben altro, essa potrebbe limitarsi anche solo a tracciarlo, dando un *ultimatum* secco al Governo ed al Parlamento, che non lasci dubbio alcuno su quanto accadrebbe la volta successiva. Per un proverbio che recita “chi vive sperando, muore disperato”, ce ne è un altro che suona “finché c'è vita, c'è speranza”; ma, ridimensionando e riadattando alla nostra modesta bisogna la celebre scommessa pascaliana, che conviene essere ottimisti su quel dopo che ci attende, meglio obliare il primo proverbio e coltivare il secondo.

## 7. La prima giurisprudenza

Nel paragrafo precedente ha parlato lo studioso, che, se potesse scegliere, vorrebbe veder il diritto fluire lento, per dargli tempo di digerirlo a dovere; ma in questo ha titolo a dire la sua l'avvocato del sindacato. Per lui il diritto è quello dichiarato e sanzionato dal giudice nel caso concreto, sottopostogli nel caldo di un conflitto, dove conta ottenere ragione in via d'urgenza, se pur a costo di vedersela togliere in via definitiva.

Senza seguire alla lettera l'argomentazione svolta dalla difesa della Fiom a supporto del ricorso ex art. 28 Stat. Lav., si può dire che la linea d'attacco poteva svolgersi secondo una triplice direttiva: tener ferma l'interpretazione consolidata nella giurisprudenza costituzionale, perché tale da poter essere spesa a proprio favore; rivedere quella interpretazione alla luce della stessa giurisprudenza costituzionale, sì da valorizzare la partecipazione attiva alla conclusione del contratto a scapito della sua sottoscrizione; considerare rilevante non l'interpretazione in sé e per sé, ma l'utilizzazione fattane nella situazione concreta.

Condividere la prima direttiva, col far propria l'interpretazione consolidata nella giurisprudenza costituzionale, significava dar per buona la necessità della sottoscrizione del contratto collettivo

applicato nell'unità produttiva, ma considerarla soddisfatta in forza dell'ultrattività del contratto precedente, oppure della perdurante vigenza di qualche altro contratto, normativo. Non sarebbe risultata una via molto persuasiva: l'ultrattività non poteva essere "stirata" sino a rendere perpetuo un contratto collettivo, che così avrebbe potuto sì morire, ma solo a condizione di rinascere immediatamente dalle sue ceneri sotto specie di un rinnovo, fra l'altro effettuato con le stesse parti. E, a sua volta, la perdurante vigenza di qualche altro contratto collettivo normativo avrebbe dovuto qui contare su una qualche negligenza della controparte, nell'opera di bonifica condotta in preparazione del nuovo contratto, con puntuali e tempestive chiamate fuori e disdette rispetto alla disciplina collettiva in essere.

Seguire la seconda direttiva, rivedendo quella interpretazione, è apparsa la via di gran lunga più praticabile e più praticata. A quanto si è cercato di evidenziare nella ricostruzione fattane, la lettura offerta dalla Corte, così come riadattata all'indomani dell'abrogazione referendaria, risultava debole. Richiedeva come necessaria una partecipazione attiva alla conclusione del contratto collettivo applicabile, non prevista dalla lett. b), ma che di per sé presupponeva una "rappresentatività" almeno di fatto; ma continuava a pretendere anche la successiva sottoscrizione, questa sì prevista dalla lett. b) quale condizione per maturare la "rappresentatività" di diritto costituente, l'"apriti Sesamo" del Titolo III. Lettura, questa, che riusciva tanto più debole quanto più a far valere la pretesa fosse non un sindacato autonomo senza alcun altro titolo di "rappresentatività", ma un sindacato confederale, ben presente e radicato, addirittura come maggioritario, in generale in tutta Italia ed in particolare nella specifica realtà di riferimento. Sicché l'interpretazione della Corte verificata alla luce del caso limite della Fiom, sarebbe stata valutata severamente e bocciata da una prima giurisprudenza<sup>584</sup>.

Infine, a prescindere dall'interpretazione condivisibile e condivisa dell'art. 19, lett. b), Stat. Lav., pur anche quella fatta propria dalla Corte, sarebbe restata pur sempre la possibilità di adottare la terza direttiva, chiedendo al giudice di accertare se la posizione assunta dalla Fiat fosse giustificabile nella concretezza della situazione creatasi. Né è mancata una giurisprudenza che l'ha considerata non giustificabile, perché, ferma la piena legittimità e validità dell'accordo separato raggiunto, la Fiat non aveva alcuna necessità o ragione di espellere la Fiom, fra l'altro da sempre titolata a godere di una piena cittadinanza<sup>585</sup>.

Solo che qui ci si è dimenticati di Corte cost. (sent.) n. 30/1990, che aveva considerato l'art. 19 Stat. Lav. norma "permissiva", cioè tale per cui un datore non avrebbe potuto dare accesso al Titolo III ad un sindacato non ricadente nel suo ambito di applicazione, cioè, allora nelle lett. a) e b) e, oggi, nella lett. b), come modificata<sup>586</sup>. Sicché, a ricordarselo, si torna sempre da capo, cioè all'interpretazione di quella benedetta, maledetta lett. b), per cui, se a quanto racconta la Corte è necessario sottoscrivere il contratto, il datore non può dare accesso al sindacato che non l'abbia

<sup>584</sup> Trib. Bologna 27 marzo 2012, in *Boll. Adapt*, 2012, n. 12, in [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it); nello stesso v., ora, anche Trib. Napoli 12 aprile 2012, in [www.fiom.cgil.it](http://www.fiom.cgil.it).

<sup>585</sup> Trib. Torino 16 luglio - 14 settembre 2011, in *Boll. Adapt*, 2011, n. 28 e 30, [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it), su cui v. *amplius* F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., spec. pag. 9 e segg.; cfr. anche, per un primo commento, M. PERSIANI, *A proposito di Pomigliano: fedeltà alla legge e presupposte aspettative sociali*, in *Giur. It.*, 2012, 1, pag. 118 e segg.; A. VALLEBONA, *Caso Pomigliano: una sentenza "paradosale"*, (nota a Trib. Torino 14 settembre 2011), in *Mass. Giur. Lav.*, 2011, pag. 806; G. ORLANDINI, *La sentenza Pomigliano: un verdetto salomonico che non convince*, (nota a Trib. Torino 16 luglio 2011), in *Note Inf.*, 2011, n. 54, [www.noteinformativa.it](http://www.noteinformativa.it).

<sup>586</sup> Corte cost. 18 gennaio 1990, n. 30, cit.

fatto. Un comportamento oggetto di un obbligo non può mai essere configurato come comportamento antisindacale.

A giudizio di chi scrive, sia la seconda (rivedere l'interpretazione costituzionale) sia la terza scelta (valutare la situazione concreta), hanno per sé qualche probabilità di consolidarsi nella giurisprudenza ordinaria, senza bisogno di sollevare e coltivare alcuna eccezione di costituzionalità. La terza manterrebbe, comunque, la rilevanza di mera e semplice soluzione casistica; mentre la seconda acquisterebbe quella di vera e propria "norma giudiziaria", coll'offrire una sorta di rilettura di un'argomentazione della Corte autorevole, ma non vincolante, sì da adeguarne la *ratio* all'evoluzione della realtà sindacale considerata. Certo, come anticipato, tale "norma giudiziaria" servirebbe a garantire chi partecipa attivamente alla conclusione del contratto collettivo, ma tale partecipazione andrebbe conquistata sul campo, così da rimettere la "rappresentatività" con la testa in aria ed i piedi per terra: quella dimostrata col conquistarsi un posto al tavolo negoziale; non quella acquisita con la sottoscrizione del contratto collettivo uscito da quel tavolo.

Ho detto che sia la seconda sia la terza scelta hanno per sé qualche probabilità di consolidarsi; qualche, ribadisco, non di più, perché come ci ricorda Trib. Milano, 3 aprile 2012, pesa tremendamente l'interpretazione consolidata offertaci dalla giurisprudenza costituzionale<sup>587</sup>. *Hic Rhodus, hic salta*.

---

<sup>587</sup> V. da ultimo Trib. Milano 3 aprile 2012; nello stesso senso si ha notizia che si sia espresso Trib. Lecce 13 aprile 2012, così respingendo, sul punto, il ricorso della Fiom nei confronti della Cnh Italia S.p.A., società del Gruppo Fiat Industrial, nonché Trib. Torino 14 aprile 2011.

*“Perché canti, se stoni? Perché altro non so fare”*

Frammento taoista

## **E tu lavorerai come apprendista (L'apprendistato da contratto “speciale” a contratto “quasi-unico”)\***

Franco Carinci

Anteprima	205
Premessa	206
1. Una foto panoramica	206
2. La vicenda raccontata in tre tempi	208
Parte I	209
3. Dal decennio '50 al decennio '70. La l. 19 gennaio 1955, n. 25 e la prima giurisprudenza costituzionale	209
4. Segue. L'apprendistato visto al 1980	214
5. Dal decennio '70 alla fine del secolo. Premessa	215
6. Segue. Le ll. 19 dicembre 1984, n. 863 e 28 febbraio 1987, n. 56	217
7. Segue. Le ll. 19 luglio 1994, n. 451 e 24 giugno 1997, n. 196	221
8. Segue. L'apprendistato visto al 1990 ed al 2000	225
Parte II	226
9. L'ultimo decennio: il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276	226
10. Segue. Il lungo intermezzo	233
11. Segue. L'apprendistato visto al 2009/2010	239
12. Il T.U. (d.lgs. 14 settembre 2011, n. 167). L'esercizio della delega ex art. 1, co. 30 e 33, l. n. 247/2007	241
13. Segue. La definizione del contratto	243
14. Segue. La disciplina generale del contratto	245
15. Segue. La triplice tipologia	249

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 145/2012

16. Segue. La redistribuzione delle parti fra Regioni e oo.ss.	253
Parte III	258
17. Lo stato di “attuazione” del T.U.	258
18. Aspettando Godot/Fornero: l'apprendistato come passaporto per l'uscita dal “preariato”	261

## Anteprima

Il saggio si è rivelato troppo lungo per essere trattato come un comune articolo e troppo corto per essere considerato un libro, sì da finire per venire ospitato in questo Quaderno, dove, peraltro, pare trovarsi benissimo.

Personalmente non credo esista alcun canone classico circa il numero delle pagine o, meglio, per dirla secondo il linguaggio corrente, delle battute, perché quel che alla fine sembrerebbe importare è farsi leggere: qui, certo, conta la capacità seduttiva dell'autore; ma non meno, anzi di più, la curiosità del lettore.

Ma l'una e l'altra sono drammaticamente scemate: una volta gli autori erano pochi ed i lettori molti; ora gli autori sono molti ed i lettori pochi, tanto che se mai ci sono stati tempi in cui coloro che scrivono lo devono fare prevalentemente per sé, questi sono quelli nei quali viviamo.

Parlo di quanti hanno consegnato ai loro incubi notturni gli esami e i concorsi che ne hanno segnato l'accidentato percorso verso lo scranno universitario, liberati dall' "onere" e restituiti al "piacere" dello scrivere, come ogni altro aperto a tutti, ma apprezzato appieno da pochi. Rimane, però, un debito da onorare nei confronti di chi, comunque, intendesse andar oltre il titolo di questo scritto, per interesse professionale od amatoriale, cioè di anticipargliene il senso ancor prima del contenuto reso dal sommario.

Per quanto mi ricordi, mi sono sempre interessato assai più del "diritto che si fa nel corso del tempo" che del "diritto che si presenta come tale in ogni singolo momento". Di questo, ieri, ho pagato il costo, trovandomi del tutto fuori del coro, con un flusso legislativo tanto rallentato e relativamente coerente, da favorire l'orgasmo di sistema di una intera generazione condannata a far di necessità virtù, cioè a forzare nell'ordinamento giuridico, coi suoi tardivi contributi degli anni '70 e '80, quella fantasia che aveva auspicato andasse al potere, così come vergato a piene lettere sui muri di Parigi. Da questo, oggi, traggo vantaggio, trovandomi non di rado a far da primo cantore, con un *continuum* legislativo tanto accelerato ed incoerente - sincronico rispetto ad un cambio di Governo, ogni volta più traumatico del precedente - da permettere solo un faticoso e disagiavole intervento esegetico, in grado di restituire un qualche senso ad un testo tirato fuori col forcipe dal grembo del Parlamento.

Quello del lavoro ha vissuto la gloria di una grande storia, di "diritto senza tempo"; vive ora l'umiliazione di una piccola cronaca, "di diritto dell'attimo fuggente". Ne è testimonianza patetica, nella sua drammaticità, la sorte toccata alla legge regina, lo Statuto dei lavoratori, poderosa basilica a doppia navata, "costituzionale" e "promozionale", eretta sulla base granitica degli artt. 18 e 19. Ma, come effetto del terremoto referendario del '95, l'art. 19 è, ormai, ridotto a quel troncone spezzato e scheggiato della sua lett. b), del tutto incapace di sopportare il carico costituito dal Titolo III; e, come risultato dello tsunami legislativo programmato per quest'anno, l'art. 18 sarà trasformato in un testo assemblato "alla buona", con un ginepraio di causali e di sanzioni, destinate a ridimensionare indirettamente ed inevitabilmente il patrimonio garantista di cui ai Titoli I e II, dato che proprio il diritto di reintegra a tutto campo ne costituiva il custode migliore.

Neppure io sono rimasto immune dalla tentazione sistematica, tanto da mettere mano, insieme all'amico Persiani, addirittura ad un Trattato in dieci volumi; ma l'ira degli Dei, qui prosaicamente rappresentati dall'Olimpo del Governo tecnico, Giove-Monti e Minerva-Fornero, ci ha consigliato di evitare la fatica sisifea del fare e disfare senza tregua alcuna. Sicché, con recuperata saggezza,

sono tornato a far parlare il passato, per capire qualcosa del presente, come, appunto, con questa storia legislativa di un istituto, che, nato così umile da non meritare se non qualche sguardo distratto, pare prossimo ad assumere volto e ruolo di canale di accesso privilegiato, se non esclusivo, al mondo del lavoro.

Sembrerebbe la tipica avventura all'americana di uno fattosi dal niente. Ma, a ripercorrere passo a passo quel tempo lungo che va dal primo affacciarsi del nostro protagonista sullo scenario giuridico al recente Testo unico, non pare promettere un granché: un codice civile del '42 ed una legge del '55 che lo trattano da contratto "speciale", destinato a rimanere marginale al di fuori del suo campo elettivo, l'artigianato; una legislazione dell'ultimo quarto del secolo "vecchio" che lo recupera nell'ambito di contratti formativi a chiara connotazione occupazionale; una vicenda, aperta e mai chiusa, di questa prima manciata d'anni del secolo "nuovo", dalla legge "Biagi" del 2003 al Testo unico del 2011, che lo palleggia fra finalità formativa ed occupazionale, fino a dar esplicitamente la preferenza a quest'ultima.

Un lungo, interminabile, sofferto *surplace*, rispetto a cui non pare proprio possa funzionare da colpo sparato dallo *starter* per dare avvio alla volata finale quanto previsto al riguardo dal disegno di legge governativo. Il problema dell'apprendistato come effettivo strumento formativo non sta nel contratto, ma al di fuori, nel sistema d'istruzione complessivo. Come concreto strumento occupazionale sta sì nel contratto, debitamente supportato da un ricco corredo di sgravi contributivi e normativi, ma solo per creare generazioni di giovani che l'oggi consumerà, lasciandoli senza domani.

## Premessa

### 1. Una foto panoramica

Doveva essere la XII o XIII edizione delle Nozioni di diritto del lavoro di Francesco Santoro Passarelli quella su cui chi scrive preparò il suo esame nella primavera del 1960, con quelle poche pagine dedicate al tirocinio, che, scorse allora di fretta, sarebbero rimaste a lungo l'unica sua conoscenza al riguardo. Solo da un quinquennio lo scarno regolamento offerto dagli artt. 2130-2134 c.c. era stato integrato da quella l. 19 gennaio 1955, n. 25, destinata a sopravvivere ben oltre la svolta del millennio; ma appariva pur sempre un istituto marginale, che uno studente saltava tranquillamente, non essendo richiesto a fine corso, e che un giovane in carriera non degnava, apparendo privo di quell'*appeal* sistematico, preteso dallo spirito del tempo.

Un argomento da donna, si sarà pensato e detto in quella rinascita post-bellica della nostra materia tutta recitata al maschile. Di fatto toccherà proprio ad una allieva della scuola bolognese dedicarvi, a mezzo del decennio '60, la sua corposa opera prima<sup>588</sup>, offrendone una fine ricostruzione, destinata a far da referente alla successiva letteratura sulla l. n. 25/1955. E quando, a distanza di un quarto di secolo, un altro studioso licenzierà una seconda monografia, la ricostruzione dell'istituto potrà dirsi compiuta<sup>589</sup>.

Solo che non era più quella sola legge a tenere banco, perché nell'intermezzo temporale fra l'uno e l'altro contributo, l'apprendistato si era visto costretto a fare i conti con un duplice cambio del

<sup>588</sup> M. RUDAN, *Il contratto di tirocinio*, Milano, 1966.

<sup>589</sup> M. SALA CHIRI, *Il tirocinio. Artt. 2130-2134*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 1992.

quadro istituzionale e normativo di riferimento: il passaggio della formazione professionale dallo Stato alle Regioni ed il varo di quel “contratto di formazione e lavoro” (cfl) di cui alla l. 19 dicembre 1984, n. 863, figlio lontano del “contratto di formazione” ex l. 1 giugno 1977, n. 285. Il consuntivo sarebbe risultato in rosso, perché il trasferimento alle Regioni avrebbe dato vita a tanti micro-sistemi, destinati a scontare l'*handicap* di ripartire da capo, auto-conclusi ma non auto-sufficienti, fortemente differenziati nei rendimenti, peraltro nel complesso inidonei a fornire i necessari supporti per i processi formativi aziendali; e, rispettivamente, il cfl avrebbe portato con sé poca formazione e molto lavoro.

Come quel personaggio di un film di successo, condannato a percorrere a ritroso il ciclo della vita, l'apprendistato nato “vecchio”, si ritroverà “giovane” nell'ultimo scorcio del secolo; ma talmente appesantito dal suo stesso passato, da farne presagire, ma anche auspicare, un decesso precoce a pro del pimpante contratto di formazione e lavoro. Il che, però, non avvenne per l'intervento, sul finire del decennio '90, prima, di un “rilancio” dell'apprendistato effettuato dal legislatore nazionale; poi, di una “condanna” del cfl nella versione offertane dalla l. 29 dicembre 1990, n. 407, emanata in sede comunitaria, in quanto promosso ed incentivato in modo contrastante con quel divieto di aiuti di Stato posto al servizio di un “perfetto” mercato concorrenziale.

*Mors tua, vita mea*, perché il conseguente bando legislativo del ricorso al cfl nel settore privato, avrebbe lasciato campo libero al nostro istituto: uscito dal secondo millennio da “adulto”, dopo aver provato il rischio di un *exit* prematuro; entrato nel terzo da “giovane”, pronto ad assolvere quel ruolo a tutto campo che gli era stato anticipato dalla l. 24 giugno 1997, n. 196 e che gli sarebbe stato potenziato al massimo dalla c.d. legge Biagi, col trasformarlo in uno e trino, capace di accompagnare l'ingresso nel mondo del lavoro da qualsiasi piano dell'edificio “istruzione”, da quello popolare della scuola dell'obbligo a quello aristocratico della formazione post-universitaria. Tutto questo sembrava farne supporre un decollo a breve, in tutto il potenziale assicuratosi dal suo triplice modulo; ma, *more italico solito*, il primo decennio del secolo sarebbe trascorso correggendo e ricorreggendo il testo originario licenziato nel 2003, ma con poco *fall-out* operativo, tanto da lasciarsi dietro uno stato non diverso di quello trovato al suo inizio.

Sarà l'improvviso e drammatico collasso finanziario del 2008, col conseguente impatto sul sistema economico reale, attenuatosi prima, ma riacutizzatosi poi, a costringere Governo e parti sociali all'Intesa del luglio 2011, vera e propria apri-pista del Testo unico sull'apprendistato, punto d'arrivo di quel lungo e tormentato itinerario legislativo aperto dallo stesso codice civile. Divenuto il “preariato” giovanile il problema dei problemi, l'apprendistato, al tempo stesso pluralistico ed universale tenuto a battesimo subito dopo il passaggio del secolo, viene scongelato, ripulito, accreditato all'unisono, con quel fideismo nell'intervento giuridico che non di rado copre il *deficit* di uno strumentario economico efficace.

Tant'è che, non per niente, quel gruppo di studiosi, giuristi ed economisti, che tengono da tempo banco sui giornali e sugli schermi televisivi col loro mantra del “contratto unico”<sup>590</sup>, dopo aver cercato di crearlo *ex novo* in laboratorio, hanno ripiegato su un tipo di cui era stato appena riprogrammato il codice genetico, cioè l'apprendistato del Testo unico; e lo hanno elevato a strumento

<sup>590</sup> Per un giudizio critico v. il mio “*Provaci ancora, Sam!*”; ripartendo dall'art. 18 dello Statuto, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, pag. 3 e segg.

tendenzialmente esclusivo di accesso dei giovani al lavoro, trovando un orecchiante favorevole nello stesso Ministro del lavoro<sup>591</sup>.

L'anziano ex professore in pensione si lascia sfuggire un mezzo sorriso allo spettacolo di qualche miscredente ansioso di convertirsi al potere salvifico del diritto; ma, con un rigurgito sentimentale, pure lui simpatizza per la vicenda a lieto fine di un istituto venuto al mondo come "marginale" e cresciuto ad "unico", rospo tramutato in principe dal bacio della storia. Sì, ma, con un ritorno subitaneo di "cinismo", si domanda se sia veramente a lieto fine.

## 2. La vicenda raccontata in tre tempi

Quell'anziano ex professore è ben consapevole del suo personale impulso a cercare nel passato il presente, con qualche giustificato disagio per il lettore che vorrebbe avere bello e pronto il diritto vigente *in casu*, ma, come ben rende l'apologo della rana e dello scorpione, non gli è proprio possibile andare contro se stesso. Del resto, di bello e pronto qui c'era ben poco, perché il Testo unico, ancor fresco di stampa, offriva solo un tracciato che, per divenire operante, richiedeva un intervento collettivo complesso ed articolato, entro e non oltre il termine tassativo del 25 aprile, previsto come *deadline* del precedente regime. Intervento che c'è stato, ma solo parzialmente, sì da lasciare il discorso ancora ben aperto.

Se uno deve scegliere come spendere il proprio tempo, può ben preferire altro al pettegolezzo mediatico su quel che potrebbe ancora uscire dal cappello del nostro ministro, tecnico accreditato, ma, stando al suo *curriculum*, di trattamento pensionistico, non di mercato di lavoro, così che sarebbe come chiamare un gerontologo a fare il pediatra. Può, cioè, scegliere di rivedere dall'inizio il film dell'apprendistato, ben consapevole che il protagonista è cambiato non poco e che un co-protagonista come il cfl è uscito di scena nel settore privato circa un decennio fa. Non per un piacere qualsiasi, ma per cogliere e seguire quel "vizio genetico" che l'apprendistato si sarebbe portato dietro da quando è stato costretto dal legislatore al di fuori del suo terreno originario, dove, peraltro, appariva invecchiato; e costretto ad occupare un territorio a lui estraneo, col suo doppio elemento, formativo ed occupazionale, in un costante equilibrio instabile, "forzato" in fatto, e "recuperato" in diritto, secondo un crescendo sincopato, divenuto ossessivo col passaggio del secolo.

*Il va sans dire* che il previsto svolgimento in tre tempi divida quel che di fatto è un *continuum*; e che quanto offerto sia affetto da un eccesso semplificativo evidente *sia* nel sistematico scorporo del processo evolutivo dell'apprendistato; *sia* nello scarsissimo spazio dedicato a quella duplice fonte extra-statale, regionale e collettiva, qui assai rilevante per competenza loro riconosciuta dalla Costituzione e rispettivamente dalla legislazione ordinaria.

---

<sup>591</sup> Per un primo esame del disegno legislativo *in itinere* v. il mio *Complimenti, dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, Relazione tenuta al Convegno "La riforma del mercato del lavoro", 13 aprile 2012, Roma, Facoltà di Giurisprudenza, Università Roma Tre, in *Lav. Giur.*, 2012, fasc. 5, in corso di pubblicazione.

## Parte I

## 3. Dal decennio '50 al decennio '70. La l. 19 gennaio 1955, n. 25 e la prima giurisprudenza costituzionale

Sotto il nome rimasto lo stesso, c'era stato un capovolgimento del tirocinio da *locatio operis* (con ad oggetto esclusivo l'insegnamento del maestro, di cui il lavoro del tirocinante costituiva il "mezzo" elettivo) a *locatio operarum* (con a contenuto prevalente il lavoro del tirocinante, rispetto a cui l'insegnamento del maestro rappresentava un sia pur importante "accessorio") nel corso stesso della rivoluzione industriale. Poco distingueva il tirocinante da quell'operaio qualificato che intendeva diventare: con lui condivideva il posto, tanto da essergli "accomunato" nel T.U. "per gli infortuni degli operai sul lavoro" del 1904<sup>592</sup>; e con lui contribuiva, fianco a fianco al processo produttivo, così da essergli sempre più "avvicinato" nel trattamento legislativo e collettivo.

E di questo ingresso nel campo gravitazionale del lavoro subordinato è artefice e testimone il dettagliato regime offertone nel periodo corporativo, secondo un *continuum* che procedeva coerentemente da alcune "mozioni" emanate da organi corporativi a' sensi del R.D. 1 luglio 1926, n. 1130, fino al R.D.L. 21 settembre 1938, n. 1906, con un sostanzioso rinvio al regolamento collettivo. E, a chiudere il cerchio, di lì a qualche anno, l'estensore di quella sez. IV, tit. II, libro V del codice civile (artt. 2130 - 2134), che - con un ritorno al termine più antico e nobile - è dedicata al tirocinio, utilizzerà un apposito articolo, il 2134, per qualificare l'istituto come rapporto di lavoro subordinato speciale, dichiarandovi applicabile quanto dello statuto protettivo previsto dalla sez. III risultasse compatibile<sup>593</sup>. A rileggerlo questo piccolo pugno di articoli pare dire ben poco, eppure conteneva l'essenziale, tant'è che costituisce a tutt'oggi il paragrafo di apertura del capitolo dedicato all'apprendistato.

Trascorso un quindicennio tutt'altro che tranquillo, con in mezzo un conflitto mondiale drammatico ed un cambio radicale di regime consacrato da un testo costituzionale nuovo di zecca, il legislatore varava un duplice intervento, destinato a durare a lungo: la l. 29 aprile 1949, n. 264, sul collocamento, nei suoi Titoli I-III, consegnava allo Stato il monopolio di un sistema pubblico e, nel

<sup>592</sup> G. GIOVANNELLI, *Disegno storico del rapporto di tirocinio in Italia*, in *Dir. Lav.*, 1957, pag. 250. Sulla nozione di apprendista nella legge sugli infortuni v. per il periodo pre-corporativo F. CARNELUTTI, *Gli apprendisti nella legge sugli infortuni*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1906, I, pag. 309 e segg.; e per quello corporativo, G. MIRALDI, *Il concetto di apprendista nei riguardi dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro*, in *Riv. Lav.*, 1932, pag. 871 e segg.

<sup>593</sup> Sulla "specialità" dell'apprendistato v. per la dottrina precedente al Codice del 1942 v. G. SILENZI, *Contributo allo studio sulla natura dell'apprendistato*, in *Dir. Lav.*, 1936, I, pag. 412 e segg.; G. DE SEMO, *Contratti speciali di lavoro*, in U. BORSI, F. PERGOLES (diretto da), *Trattato di Diritto del lavoro*, I, Padova, 1938, pag. 457 e segg.; L. RIVA SANSEVERINO, voce *Tirocinio*, in *Nuovo Dig. It.*, XII, Torino, 1940, pag. 198; G. ARDAU, *Il contratto di tirocinio nel nuovo codice civile*, Roma, 1941. E per la dottrina successiva v. G. MONTARETTO MARULLO, *La disciplina attuale del tirocinio in Italia*, in *Dir. Lav.*, 1957, I, pag. 20 e segg.; L. DE LITALA, *Contratti speciali di lavoro*, Torino, 1958, pag. 7 e segg.; G. ARDAU, *Il rapporto di tirocinio in un recente provvedimento legislativo*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 1955, I, pag. 200 e segg., M. RUDAN, op. cit., pag. 59 e segg.; G. SUPPIEI, voce *Apprendista*, in *Enc. Dir.*, 1958, pag. 814 e segg.; L. RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, Torino, 1960, pag. 317 e segg.; G. GRAMICCIA, *Osservazioni in tema di apprendistato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1963, pag. 383 e segg.; G. D'EUFEFEMIA, *L'addestramento pratico e teorico del lavoratore*, in L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI (diretto da), *Nuovo Trattato di diritto del lavoro*, Padova, 1971, vol. II, pag. 30 e segg.; L. MONTUSCHI, *Il tirocinio*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1986, vol. 15, I, pag. 292 e segg.; G. LOY, *Apprendistato*, in *Dig. Comm.*, Torino, 1987, pag. 180 e segg.

Per la prima giurisprudenza, che troverà conferma in quella successiva, v. la rassegna di M. RUDAN, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1962, pag. 1226 e segg.

suo Titolo IV, regolava i corsi per i disoccupati ed i corsi aziendali di riqualificazione; e, rispettivamente, la l. 19 gennaio 1955, n. 25<sup>594</sup>, sull'apprendistato, presentava la prima disciplina post-costituzionale dell'istituto.

L'art. 2 della l. n. 25/1955 recuperava la definizione di cui al R.D. n. 1906/1938, filtrandola attraverso la formula di cui all'art. 2134 c.c.: "L'apprendistato è uno speciale rapporto di lavoro, in forza del quale l'imprenditore è obbligato ad impartire o a far impartire, nella sua impresa, all'apprendista assunto alle sue dipendenze, l'insegnamento necessario perché possa conseguire la capacità tecnica per diventare lavoratore qualificato, utilizzandone l'opera nell'impresa medesima". Certo, spariva la previsione di una frequenza a corsi contenuta nella nozione precedente; ma solo per riemergere nell'art. 16 e ss., a' sensi del quale "la formazione professionale dell'apprendista si attua mediante l'addestramento pratico e l'insegnamento complementare", definiti in termini che sembrano anticipare la distinzione fra formazione specifica e formazione generale poi utilizzata in sede comunitaria per decidere circa la configurabilità di aiuti di Stato vietati. Solo che questo insegnamento complementare per un monte ore determinato a livello collettivo, o in difetto, con decreto ministeriale, era sì ricompreso nell'orario di lavoro e gratuito; ma, mentre l'apprendista era tenuto a frequentare i relativi corsi, il datore poteva, da solo, o consorziandosi, proporre agli UPLMO la loro organizzazione a livello aziendale o interaziendale, niente di più, tanto che l'unico obbligo a suo carico era di permettere all'apprendista di frequentare quelli eventualmente attivati (artt. 30 ss. D.P.R. n. 1668/1956).

Può apparire una vecchia formula coperta di polvere. Certo, vecchia lo è, anzi ormai defunta, dopo la scadenza prevista dal T.U. n. 167/2011; ma rimane quella originaria, che ha curvato a sua misura tutta la successiva evoluzione.

Il modello socio-economico assunto a referente aveva *come settore elettivo*, l'artigianato manifatturiero tradizionale, con a suo elemento base il "mestiere", visto e vissuto come patrimonio professionale dell'operaio qualificato o specializzato, acquisibile sul posto di lavoro ma proiettabile sul mercato; *quale protagonista*, un giovane di età compresa fra i 15 e i 20 anni; *quale copione essenziale*, un apprendimento *on the job*, guidato dallo stesso datore o da un compagno più anziano e sperimentato, completato da un insegnamento complementare; *quale risultato perseguito*, l'inquadramento di operaio qualificato tramite il superamento di una prova di idoneità, in vista di un possibile ma non garantito ingresso in pianta stabile nell'azienda.

E questo modello era tipizzato, con l'accompagnamento di un regime del rapporto di lavoro curvato a misura dello scopo formativo perseguito, sì da ricomprendere: una peculiare procedura di assunzione (art. 3), peraltro esclusa per l'artigianato (art. 26); una durata stabilita "per categorie professionali" dai contratti collettivi, comunque non superiore ai 5 anni (art. 7); il cumulo dei periodi di apprendistato prestati presso diversi datori di lavoro, purché riferiti alla stessa attività e non separati da interruzioni superiori all'anno (art. 8); l'orario di lavoro fissato in 8 ore giornaliere e 44 settimanali, comprensive di quelle dedicate all'insegnamento complementare (art. 10); l'osservanza dei contratti collettivi e la corresponsione della retribuzione ivi prevista, che dovrà essere "graduale, anche in rapporto all'anzianità di servizio", con esclusione di qualsiasi componente "commisurata alla entità della produzione" [art. 11, co. 1, lett. c) e, rispettivamente, art.

<sup>594</sup> Sul regolamento della legge v. N. CRISCI, *Il D.P.R. 30 dicembre 1956, n. 1168. Sul regolamento di disciplina dell'apprendistato*, in *Dir. Ec.*, 1957, pag. 627 e segg.

13]; l'utilizzazione dell'apprendista in mansioni attinenti "alla lavorazione o al mestiere per il quale è stato assunto" e, comunque, "non retribuite a cottimo, né in genere... a incentivo" [art. 11, lett. d) e, rispettivamente, lett. f)]; una prova di idoneità "all'esercizio del mestiere che ha formato oggetto dell'apprendistato", al termine della durata prevista, peraltro anticipabile per chi avesse compiuto diciotto anni d'età e due anni di addestramento pratico (art. 18, co. 1 e 2); l'iscrizione della qualifica ottenuta sul libretto individuale di lavoro (art. 18, co. 3); la possibilità di "dare disdetta a norma dell'art. 2118 del codice civile", al termine del periodo, che, se non sfruttata, comportava la continuazione del rapporto con la qualifica conseguita tramite la prova di idoneità e l'anzianità di servizio calcolata dall'inizio dello stesso periodo di apprendistato (art. 19).

Ora il modello socio-economico così tipizzato restava esposto ad uno snaturamento del suo nocciolo duro, quale costituito dal binomio apprendimento pratico/insegnamento complementare: fenomeno già in atto sul suo stesso terreno originario, ma destinato ad un crescendo accelerato col processo espansivo verso un territorio del tutto estraneo. L'apprendimento pratico (diretto all'acquisto della "richiesta abilità nel lavoro" assegnato) sarebbe risultato sempre più chiuso dentro l'orizzonte ristretto di un posto o processo povero di contenuto professionale tecnico, con l'effetto di rendere eccessivo il termine massimo fissato a livello collettivo e desueto l'esperimento finale; mentre l'insegnamento complementare (finalizzato al possesso delle "nozioni teoriche indispensabili all'acquisizione della piena capacità professionale") spendibile anche sul mercato esterno, se pur reso più necessario dallo stesso ridimensionamento dell'apprendimento pratico, sarebbe rimasto affidato alla problematica frequenza a corsi di ancor più problematica attuazione.

Di fatto l'apprendistato poteva servire da "schermo" per un rapporto di lavoro subordinato vero e proprio, di cui veniva promosso ed incentivato il ruolo effettivo di "recupero" dello scarto di un sistema di istruzione, largamente insufficiente come sotto-sistema scolastico e totalmente carente come sotto-sistema formativo. Se ne sarebbe avuto un riflesso nel *trend* riscontrabile a livello collettivo, di un riallineamento del salario dell'apprendista su quello del lavoratore a tempo indeterminato con la stessa qualifica, sul presupposto che proprio il venir meno del momento formativo testimoniassero il progressivo azzerarsi del differenziale di rendimento.

Non solo, se ne sarebbe avuto un riscontro a contrario a livello legislativo, con l'art. 1, l. 2 aprile 1968, n. 424, intervenuta con qualche misura anti-abusiva, quale l'autorizzazione preventiva da parte dell'Ispettorato del lavoro, la limitazione del numero degli apprendisti occupabili al 100% dei lavoratori qualificati o specializzati in servizio (co. 2 e 3 aggiunti all'art. 2, l. n. 25/1955), la proibizione di adibire l'apprendista a "lavori di manovalanza e di produzione di serie" [lett. l), sostituita nel co. 1, art. 11, della l. n. 25/1955].

Meno apprendimento meno carattere speciale, meno carattere speciale meno apprendimento, secondo un circolo vizioso che si sarebbe autoalimentato nel tempo, tanto più a seguito di quell'allargamento a tutto campo realizzato dal D.P.R. 30 dicembre 1956, n. 1668, che, con un eccesso di zelo rispetto alla legge di cui costituiva il regolamento di esecuzione, si preoccupò, al suo art. 1, di rendere generale il ricorso all'apprendistato, a prescindere dal settore interessato, industriale o commerciale o agricolo; dal carattere del soggetto coinvolto, imprenditore o semplice datore di lavoro; dall'inquadramento categoriale del lavoratore assunto, impiegato o operaio.

Tale percorso tendenzialmente dissociato fra diritto e fatto, sarà accompagnato da un vivace confronto dottrinale e giurisprudenziale, concentratosi su un duplice punto di grande rilievo teorico e pratico per l'istituto: la sua ricostruzione come contratto a causa "pura" oppure "mista"<sup>595</sup> o "complessa"<sup>596</sup>, secondo l'espressione adottata dalla giurisprudenza di legittimità e, rispettivamente, la sua qualificazione come contratto a tempo indeterminato o determinato.

A prescindere dalla rispettiva fondatezza giuridica, la scelta non risultava affatto neutra nella sua ricaduta sulla struttura e funzione dell'apprendistato. Non era irrilevante l'opzione circa la causa, perché, classificandola come "pura", si faceva perdere qualsiasi rilevanza causale alla formazione, così da fare dell'apprendistato un contratto di lavoro "normale", con in più un obbligo accessorio a carico del datore; mentre qualificandola come "mista", si conservava tale rilevanza, tanto da mantenere l'apprendistato come contratto di lavoro "speciale", ma con una forzatura rispetto ad una realtà che restituiva l'immagine di una prestazione lavorativa valutata solo in ragione della sua potenzialità produttiva e di una contro-prestazione datoriale, squilibrata a tutto favore della retribuzione *vis-à-vis* della formazione. E tantomeno era indifferente la decisione circa la durata, perché scommettere sul contratto a termine significava valorizzare l'istituto come rapporto speciale, nato con un tempo "chiuso", dipendente dal progetto formativo, sì da non poter essere abbreviato per atto unilaterale, se non per un fatto che ne compromettesse lo svolgimento programmato. Mentre puntare sul contratto *sine die*, voleva dire ridimensionare l'apprendistato a mero periodo iniziale di un rapporto ordinario, sorto con un tempo "aperto", autonomo rispetto al progetto formativo, sì da poter essere interrotto se gli si fosse applicato il regime comune, con ricorso al recesso prima *ad nutum*<sup>597</sup> e poi per un qualsiasi giustificato motivo o giusta causa.

<sup>595</sup> Sulla causa "mista" dell'apprendistato v. la stessa dottrina citata alla nota 6, visto che la "specialità" dipende proprio da questa; nonché da ultimo v. F. DI CERBO, *I rapporti speciali di lavoro*, Padova, 2000, pag. 8; E. BALLETTI, *Subordinazione e contratti di lavoro a contenuto c.d. "formativo" alla luce del d. lgs. 276/2003*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2005, pag. 420; G. LOY, *I nuovi apprendistati*, in M. MAGNANI, P.A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Torino, 2005, pag. 475.

Nella giurisprudenza di legittimità v. Cass. 3 maggio 1984, n. 2694, in *Rep. Foro It.*, 1984, voce *Previdenza sociale*, n. 479.

<sup>596</sup> In tal senso cfr. *ex multis* Cass. 22 novembre 1978, n. 5479, in *Giust. Civ.*, 1979, I, pag. 226; Cass. 29 giugno 1981, n. 4231, in *Rep. Foro It.*, 1981, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 643; nonché gli ulteriori, copiosi riferimenti giurisprudenziali di E. PASQUALETTO, *I contratti con finalità formative. L'apprendistato*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, 2007, vol. II, tomo 2, pag. 1857 segg.

<sup>597</sup> Come conciliare il peculiare regime del licenziamento di cui all'art. 19, l. n. 25/1955 con il presunto carattere a tempo indeterminato dell'apprendistato ha costituito un problema a tutt'oggi irrisolto: per M. RUDAN, *Il contratto di tirocinio*, cit., pag. 226, (seguita da S. BERNARDI, *Sul potere del datore di lavoro di risolvere il rapporto al termine del periodo di apprendistato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1984, fasc. 2, pag. 205) era un contratto "limitatamente indeterminato" o "limitatamente *sine die*"; cui si contrapponeva A. FONTANA, *Il recesso dal rapporto di tirocinio*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1972, I, pag. 37, che lo considerava a tempo determinato, ravvisando nell'art. 19 solo un mezzo tecnico per evitare che il tirocinio si trasformasse in un rapporto di lavoro ordinario.

In seguito, pare essere divenuta tesi condivisa, proprio per la sua accattivante genericità, quella fatta propria da L. MONTUSCHI, *Il tirocinio*, cit., pagg. 293-294, stando al quale l'apprendistato sarebbe un contratto potenzialmente a tempo indeterminato, tale per cui, una volta travalicato il limite massimo, il rapporto non si estingue automaticamente ma "si depura dei suoi contenuti aggiuntivi convertendosi in un contratto di lavoro *tout-court* ugualmente a tempo indeterminato". Di recente, però, D. GAROFALO, *Il contratto di apprendistato*, in A. VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, in P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2009, tomo 2, pag. 1505 e segg., spec. pag. 1538, ha recuperato la "soluzione" avanzata, a suo tempo, da G. ARDAU (*Il rapporto di tirocinio in un recente provvedimento legislativo*, cit., pag. 202 e segg., spec. pag. 213), configurando l'apprendistato come contratto a tempo indeterminato, sottoposto a una doppia condizione, risolutiva potestativa del rapporto di apprendistato e sospensiva del rapporto tipico.

Ancora alla svolta del secolo, C. ALESSI, *Termine e contratti formativi*, in *Il lavoro a termine*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 23, Torino, 2000, pag. 57, riteneva che il contratto di formazione e lavoro e l'apprendistato fossero "(quasi) unanimemente ricondotti al *genus* di

La partita della causa sarà conclusa prima di esser giocata, con una prevalenza della tesi favorevole alla sua natura mista o complessa, precoce e massiva, fino a diventare la dottrina ortodossa praticata dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, nonché consacrata dalla manualistica; mentre quella della durata resterà ufficialmente aperta fino ad essere decisa ufficialmente a favore del contratto a tempo indeterminato solo con l'art. 1 del d.lgs. 14 settembre 2011, n. 167 (T.U. sull'apprendistato), ma, a dire il vero, era già stata compromessa da una risalente pronuncia della Corte costituzionale.

Il che permette di introdurre quell'autentico *deus ex machina* della storia dell'apprendistato rappresentato dalla Corte costituzionale, che già all'inizio, come "giudice dei diritti", ebbe a pronunciare qualche parola pesante; anche se solo in seguito, come "giudice dei conflitti di attribuzione" sarebbe stata chiamata in causa frequentemente, con una giurisprudenza che finiva inevitabilmente per avere a premessa una definizione e qualificazione dell'apprendistato. E a pesare sarà una serie di pronunce, a cominciare da Corte cost. 26 gennaio 1957, n. 10<sup>598</sup>, la quale dichiarava infondata l'eccezione di costituzionalità dell'art. 11, lett. c), l. n. 25/1955 in riferimento all'art. 39 Cost., perché da quanto ivi previsto come obbligo "di osservare le norme dei contratti collettivi di lavoro e di retribuire l'apprendista in base ai contratti stessi" non era affatto dato dedurre un'estensione *erga omnes* dei contratti collettivi. Se questa conclusione, tenuta ferma dalla giurisprudenza successiva, servirà ad escludere che l'osservanza integrale della disciplina collettiva costituisca una pre-condizione per godere della politica di agevolazione contributiva, acquisterà una ben più ampia rilevanza con la delega a tutto campo data dal T.U. alla contrattazione, chiamata a riempire in prima persona la scarna normativa del codice civile, unica sopravvissuta alla vera e propria *tabula rasa* fatta della precedente legislazione.

Doveva passare quasi un quindicennio, perché la Corte si rifacesse viva con una coppia di decisioni importanti, che dichiaravano illegittimo l'art. 10, l. 15 luglio 1966, n. 604, per contrasto con l'art. 3 Cost., nella misura in cui, non contemplando la figura dell'apprendista, la escludeva dall'applicazione della legge: Corte cost. 4 febbraio 1970, n. 14<sup>599</sup> con riguardo alla mancata attribuzione del diritto di percepire "in ogni caso" l'indennità di anzianità di cui all'art. 9, che quindi gli spettava a pieno titolo; e Corte cost. 28 novembre 1973, n. 169<sup>600</sup> con riferimento alla mancata applicazione del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo disciplinato dall'art. 1 e ss., che

---

contratto a tempo determinato", ma non sembra che già allora l'affermazione non trovasse conferma nella letteratura e nella giurisprudenza.

<sup>598</sup> Corte cost. 26 gennaio 1957, n. 10, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), con nota di C. ESPOSITO, *Osservazione (senza titolo) alla sent. n. 10/1957*, in *Giur. Cost.*, 1957, pag. 72.

<sup>599</sup> Corte cost. 4 febbraio 1970, n. 14, in *Mass. Giur. Lav.*, 1970, pag. 4, con nota di L. RIVA SANSEVERINO, *Sull'ordinamento applicabile al rapporto di apprendistato*, *ivi*, pag. 141 segg.; sulla questione dell'applicabilità della legge n. 604/1966 v. P. FANFANI, *Il rapporto di apprendistato e la L. 15 luglio 1966, n. 604 sui licenziamenti individuali*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1969, I, pag. 164 e segg.; C. CESTER, *L'apprendistato e la legge sui licenziamenti individuali*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1971, I, pag. 123 e segg.; A. FONTANA, *Il recesso dal rapporto di tirocinio*, *cit.*, pag. 457 e segg.; G. CONTI, *Ancora in tema di licenziamento degli apprendisti*, in *Dir. Lav.*, 1972, I, pag. 116 e segg.

<sup>600</sup> Corte cost. 28 novembre 1973, n. 169, in *Foro It.*, 1974, I, col. 16 e in *Giust. Civ.*, 1974, I, pag. 5. Fra la molta giurisprudenza conforme v. Cass. 22 novembre 1978, n. 5479, in *Mass. Giur. Lav.*, 1979, pag. 402 con nota favorevole di P. FRANCESCHINI, *Recesso dal rapporto di apprendistato e legge sui licenziamenti individuali*; Cass. 22 novembre 1984, n. 6034, in *Mass. Giur. Lav.*, 1985, pag. 290 con nota favorevole di G. ZANGARI, *Poteri di disdetta ex art. 19 della legge n. 25/1955 ed estinzione del rapporto di apprendistato*; Cass. 28 marzo 1986, n. 2213, in *Dir. Prat. Lav.*, 1986, pag. 1510 con nota critica di G. MANNACIO, *Rapporto di apprendistato e licenziamento*; Cass. 21 ottobre 1986, n. 6180, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1987, II, pag. 486 con nota critica di M. RUDAN, *Disdetta al termine di apprendistato e licenziamento dell'apprendista ante tempus per mancato superamento delle prove di idoneità*; Cass. 28 gennaio 1987, n. 4334, in *Giur. It.*, 1988, I, 1, pag. 202 con nota di G. GALLI, *Natura delle mansioni e recesso nel rapporto di apprendistato*; più recente Cass., sez. lav., 21 luglio 2000, n. 9630, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, pag. 1313, con nota di E. BOGHETICH.

quindi gli era dovuta a pieno diritto. Col dichiarare che non c'era ragione per trattarlo qui diversamente da qualsiasi altro lavoratore, la Corte testimoniava e rafforzava la tendenza attrattiva esercitata dal rapporto di lavoro su quello speciale di apprendistato, con una conseguente espansione della disciplina generale, che pur comprensibile alla luce della condivisione della stessa sede di lavoro e spesso della stessa attività lavorativa, ridimensionava quella speciale ad una sorta di appendice, aggiunta a fine opera.

Riprendendo, ora, da dove si è chiamata in causa la Corte costituzionale, c'è da sottolineare come quella decisione destinata ad influire sulla configurazione dell'apprendistato come contratto a tempo indeterminato fosse proprio Corte cost. n. 169/1973: di per sé solo il fatto che la l. n. 604 si applicasse al contratto a tempo indeterminato non la rendeva tutta ontologicamente incompatibile col contratto a tempo determinato, che avrebbe ben potuto convivere con l'indennità di anzianità riconosciuta all'apprendista dalla precedente Corte cost. n. 14/1970; ma certo una disciplina del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo ex l. n. 604/1966 era inconciliabile col contratto a termine.

#### 4. Segue. L'apprendistato visto al 1980

A fornirci un quadro d'assieme dello sviluppo dell'apprendistato dal 1956 al 1980 è il primo contributo completo di analisi e tabelle facilmente reperibile, cioè un numero dei Quaderni Isfol dedicato all'apprendistato in Italia. Ne risulta un accrescimento costante fino al 1962, con un successivo movimento a singhiozzo, che nel 1979 si assesta su 730.000 unità, pari a percentuali modeste sui totali degli occupati (3,59%) e degli occupati dipendenti (5,01%), ma assai elevate se considerate solo sui totali di coloro in età 14-19 anni, occupati (65,7%) e occupati dipendenti (77,9%). Da questi dati il commento credeva di poter dedurre che, contrariamente all'intento perseguito, la legge del 1955 aveva fornito uno strumento prevalentemente occupazionale, utilizzabile ed utilizzato, prima, per accompagnare il *boom* economico e, poi, per ammortizzare l'andamento economico ciclico del periodo successivo, facendo ricorso al lavoro di giovani con un passato poco scolarizzato e con un futuro poco qualificato, sì da potersi già parlare di quel dualismo destinato a divenire un vero e proprio postulato di qualsiasi intervento terapeutico sul nostro mercato del lavoro.

Questo dato strutturale appariva confermato dal contemporaneo XIV rapporto Censis, secondo cui, nello stesso 1979, circa il 75% di coloro in cerca di un lavoro aveva meno di 30 anni, con un livello scolastico più elevato rispetto a quello complessivo, ma pur sempre basso: un buon 16% senza licenza elementare, un 45% con la licenza media e un 39% con un diploma o la laurea. Un *deficit* scolastico tale da non poter certo essere recuperabile da parte di un sistema di formazione professionale che pur avesse girato al massimo; ma questo era ben lungi dal verificarsi, visto che dal secondo rapporto annuale Isfol risultava per il 1978-79 l'iscrizione ai Centri di formazione professionale di soli 200.000 allievi, con una partecipazione effettiva assai più ridotta, per non parlare della reale utilità.

I numeri ci restituiscono per il 1980 l'*identikit* di un apprendistato, operaio, concentrato al nord, con un forte insediamento nell'artigianato e nel manifatturiero ed un prevalente carattere maschile, cioè perfettamente speculare alla topografia e tipologia della complessiva domanda di lavoro, di cui finiva per costituire una componente più flessibile.

## 5. Dal decennio '70 alla fine del secolo. Premessa

Continuando nella ricostruzione, si entra in quella età di fine secolo condannata ad inseguire una cronica crisi occupazionale: prima, con una politica di pronto intervento tradotta in decreti legge (qui richiamati nelle loro leggi di conversione), tanto da essere ritenuta figlia della stagione dell'“emergenza”; gestita, poi, con una strategia di allentamento del tasso di rigidità in entrata, sì da essere considerata espressione della stagione della “flessibilità.” Della “terapia” prescelta sarà componente privilegiata una tipologia arricchita dei contratti formativi, che risentirà inevitabilmente della transizione dall'emergenza alla flessibilità, sì da doverne offrire un quadro normativo costruito con riferimento a due tappe distinte, con a mete finali la l. n. 56/1987 e, rispettivamente, la l. n. 196/1997.

A far la parte del grande assente continuerà ad essere quel sistema integrato scuola/formazione professionale, considerato a ragione il presupposto di un genuino ed efficace apprendistato. Secondo un approccio logico, il processo riformatore avrebbe dovuto procedere dalla scuola verso la formazione professionale, cosa di per sé già estremamente difficile per la resistenza opposta da una realtà secolare, se anche a farla da protagonista unico fosse rimasto uno Stato a competenza “universale”. Ma, dando attuazione tardiva ed approssimativa ad una costituzione “regionalista”, lo Stato è stato costretto ad un sorta di convivenza da separati in casa con le Regioni che, spesso a ragione, lo hanno martellato con quell'*actio finium regundorum* destinata a trovare una sua area privilegiata proprio su quella formazione coperta dall'esplicita riserva costituzionale di cui all'art. 117 Cost.: prima, nel “vecchio” testo, per mezzo della formula *soft* di una competenza concorrente in tema di “istruzione artigiana e professionale”; poi nel “nuovo”, tramite la formula *hard* di una competenza esclusiva in materia di “istruzione e ... formazione professionale”. Ne seguì una ricaduta negativa, dato che a prevalere fu una logica conflittuale, capace di alimentare una crescente chiamata in causa di una Corte “centralista”, poco disposta a concedere troppa fiducia ad una platea regionale, la quale, una volta acquisita la rivendicata competenza, dava mostra di esercitarla di regola poco e male.

Il decennio '70 partorirà la prima “regionalizzazione”, con la ripartizione Stato/Regioni delle competenze sulla “istruzione artigiana o professionale”, tramite i D.P.R. 15 gennaio 1972, n. 10 e 24 luglio 1977, n. 616, cui farà seguito la legge quadro 21 dicembre 1978, n. 845<sup>601</sup>, che recupererà e valorizzerà, a fronte della formazione iniziale cui è finalizzata la tipologia dei contratti formativi, quella continua, enfatizzata in sede europea, ma destinata a rimanere in Italia una sorta di Cenerentola. La normativa risulterà di discreta fattura tecnica, ma di scarsa fortuna, se pur con la diversità territoriale tipica di questa nostra Italia, sì da restituire alla prova dei fatti una formazione professionale non troppo diversa da quella trovata: priva di relazione strutturale con la scuola; sprovvista di una chiara linea di confine Stato/Regioni, con in più la partita aperta costituita dalla conservazione degli Istituti professionali statali; deficitaria nella gestione delle risorse comunitarie; carente nell'offerta quantitativa e qualitativa dei corsi, peraltro spesso gonfiata ad arte.

<sup>601</sup> M. NAPOLI, *Commento a l. 21 dicembre 1978, n. 845 (legge quadro in tema di formazione professionale)*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1979, fasc. 5, pag. 908 e segg.

Il decennio '90, auspice il Patto per l'occupazione del settembre 1996 ed il Patto di Natale del dicembre 1998<sup>602</sup>, darà vita alla seconda "regionalizzazione" tramite i dd.lgs. 23 dicembre 1997, n. 469 e 31 marzo 1998, n. 112, con una redistribuzione più aperta ed avanzata delle competenze Stato/Regioni che non resterà isolata: collocata significativamente fra l'art. 16, co. 2, l. 24 giugno 1997, n. 196 sul "nuovo" apprendistato, che condizionava l'agevolazione contributiva prevista per l'apprendista alla partecipazione alla formazione esterna; e l'art. 68, l. 17 maggio 1999, n. 144, sull'innalzamento dell'obbligo formativo a 18 anni, assolvibile alternativamente nella scuola o nella formazione professionale o nell'apprendistato, con il conseguimento di crediti professionali utilizzabili per passare da un sistema all'altro.

Nel corso di quello stesso decennio si accentuerà quella forza attrattiva del rapporto di lavoro sul rapporto di apprendistato, già percepibile nella giurisprudenza costituzionale del primo decennio '70, con conseguente estensione di una disciplina generale; qui, però, perché risulterà rafforzata in misura tale da poter assorbire la maggior tutela già accordata all'apprendista in ragione della sua stessa età: per la tutela della salute (d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626); per la regolamentazione dell'orario di lavoro (art. 13, l. 24 giugno 1997, n. 196) e del lavoro notturno (d.lgs. 26 novembre 1999, n. 532); per la riforma della capacità di lavoro (d.lgs. 4 agosto 1999, n. 345); per la normativa in tema di sanzioni e di depenalizzazione (d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507)<sup>603</sup>.

Sul finire del decennio si verificherà un duplice fatto, destinato a condizionare l'inizio del secolo successivo, con il definitivo successo dell'apprendistato sul cfl. Mentre il ruolo dell'apprendistato veniva rilanciato dall'art. 16 della l. 24 giugno 1997, n. 196, il cfl era "stoppato" a livello comunitario dalla decisione della Commissione Europea dell'11 maggio 1999<sup>604</sup>, poi confermata dalla sentenza della Corte di giustizia 7 marzo 2002 (causa C-310/99)<sup>605</sup>, che giudicava in contrasto col divieto comunitario di aiuti di Stato quel beneficio contributivo previsto dalla l. 29 dicembre 1990, n. 407, perché non più uniforme come per la l. 19 dicembre 1984, n. 863, ma diversificato a seconda del territorio coinvolto.

La Commissione partiva dall'opinione che in Italia esistesse "una disoccupazione strutturale", non affrontabile e tantomeno risolvibile tramite una "estensione del limite d'età per la definizione della categoria giovani"; e di conseguenza, concludeva per una incentivazione dei cfl piuttosto restrittiva, cioè non superiore al 25%, a meno che non comportasse la creazione netta di posti di lavoro o non favorisse l'assunzione di lavoratori di difficile inserimento o reinserimento nel mercato del lavoro, cioè i giovani con meno di 25 anni, i laureati fino a 29 anni compresi, i disoccupati di lunga durata (da almeno un anno). Sulla base di questa regola, il vecchio cfl vedeva ridursi la

<sup>602</sup> Cfr. B. VENEZIANI, *La formazione dei lavoratori dalla Concertazione triangolare al "Pacchetto Treu"*, in *Lav. Giur.*, 1998, pag. 13 e segg.

<sup>603</sup> D. GAROFALO, *La disciplina (speciale) dell'apprendistato: il difficile raccordo con la normativa generale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2001, I, pag. 241.

<sup>604</sup> Pubblicata in *G.U.C.E.* 15 febbraio 2000, L042, pagg. 1-18.

<sup>605</sup> Su cui v. A. VALLEBONA, *Contratto di formazione e lavoro: riduzione dell'obbligo contributivo e divieto comunitario degli aiuti di Stato*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2002, pag. 461; M. DELFINO, *I contratti di formazione e lavoro nella disciplina comunitaria*, in M. RUSCIANO (a cura di), *Problemi giuridici del mercato del lavoro*, Napoli, pag. 111 e segg.

Per una ricostruzione dello scenario europeo sul tema v. M. ROCCELLA, *Tutela della concorrenza e diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in M. ROCCELLA (a cura di), *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, 1997; nonché D. GAROFALO, *Formazione e lavoro tra diritto e contratto: l'occupabilità*, Bari, 2004, pag. 356.

finestra d'età "conveniente" a non più di 25 anni, corrispondente a quella "legale" dell'apprendistato, attestata sul limite dei 24/26 anni; e lasciava di fatto libera quella prima riservatagli interamente, cioè al di sopra dei 25, presto coperta, in sua vece, dall'art. 7, l. 23 dicembre 2000, n. 388, con un credito d'imposta per l'impiego di ultraventicinquenni tramite un contratto a tempo indeterminato privo di qualsiasi contenuto formativo. Non solo, perché, a questo punto, lo stesso cfl doveva certo pagare più di qualcosa alla progressiva liberalizzazione del contratto a termine, iniziata dall'art. 23, l. 28 febbraio 1987, n. 56 e realizzata dal d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368<sup>606</sup>.

Per quasi cinquant'anni, l'apprendistato era stato lasciato a se stesso, esposto continuamente al rischio di veder tradito il suo scopo professionalizzante, che certo non poteva essere garantito, di per sé solo, da un regime giuridico per quanto rigido; e per circa un quindicennio, il cfl, con un fine formativo attenuato ma pur sempre presente, era andato incontro allo stesso destino. Ora, giunto al cambio di millennio, il "nuovo" apprendistato sembrava poter contare su un cambio radicale dell'intero scenario, tale da permettergli di recitare al meglio quel ruolo di contratto formativo *par excellence* che di lì a poco la c.d. legge Biagi gli avrebbe riconosciuto.

#### 6. Segue. Le ll. 19 dicembre 1984, n. 863 e 28 febbraio 1987, n. 56

Tanto deserto il quadro precedente, quanto popolato questo. Mentre, sullo sfondo, l' "addestramento professionale" di cui al Tit. IV della l. n. 264/1949 verrà travolto da un imponente flusso normativo, destinato a rivoluzionare l'intero sistema; sul proscenio, l'apprendistato di cui alla l. n. 25/1955, rischierà di essere declassato a co-protagonista di un copione legislativo scritto sotto l'influsso del problema occupazionale.

Un giudizio, questo, destinato a confrontarsi col processo legislativo aperto dalla l. 1 giugno 1977, n. 285<sup>607</sup>, tramite il varo di quel "contratto di formazione", rivelatosi subito così male assortito, da essere proposto e riproposto, con diverso nome e contenuto, ma con un uguale insuccesso. Dopo un settennio, speso secondo il motto dell'Accademia del Cimento, provando e riprovando, la l. n. 863/1984<sup>608</sup>, battezzava il "contratto di formazione e lavoro" destinato a tener banco per circa un quindicennio, con un confronto ravvicinato con quel compagno di strada più anziano costituito dall'apprendistato.

Quel lungo e faticoso periodo di gestazione non lasciava dubbio alcuno circa lo scopo perseguito, cioè affrontare il crescendo drammatico della disoccupazione giovanile, come ben testimonia la l. n. 285/1977, fin dalla sua rubrica. E pare evidente che il legislatore non ritenesse l'apprendistato

<sup>606</sup> Sul contratto a termine v. da ultimo L. MENGHINI, *L'apposizione del termine*, in M. MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione. Contratto e rapporto di lavoro*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, t. 1, Padova, 2012, pag. 212.

<sup>607</sup> G. BALANDI, T. TREU, *Commento al Titolo I "Norme generali" del testo coordinato l. 1 giugno 1977, n. 285 d.l. 30 settembre 1977, n. 706 l. 29 novembre 1977, n. 864 (provvedimenti per l'occupazione giovanile)*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1978, fasc. 2, pag. 507 e segg.; M.G. GAROFALO, *Il contratto di formazione: una prospettiva da valorizzare*, in AA.VV., *I giovani e il lavoro*, Bari, 1978; M. OFFEDDU, *Occupazione, addestramento, formazione professionale nella condizione giovanile: il contratto di formazione*, in *Dir. Lav.*, 1979, pag. 374 e segg.

<sup>608</sup> G. BALANDI, *Ritorno del contratto di formazione e lavoro?*, in *Giust. Civ.*, 1984, fasc. 9, pag. 342 e segg.; A. MARESCA, *Il contratto a termine per la formazione dei giovani*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1984, pag. 465 e segg.; S. CENTOFANTI, *Il contratto di formazione e lavoro nella l. 19 dicembre 1984, n. 863*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1985, fasc. 3, pag. 307 e segg.; M. NAPOLI (a cura di), *Commento alla legge 19.12.1984, n. 863*, in *Nuove leggi Civ. Comm.*, 1985, pag. 832 e segg.; da ultimo v. A. MINERVINI, *Contratto di formazione e lavoro*, in M. BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. VI, Padova, in corso di pubblicazione.

idoneo a risolverlo, essendo ormai stabilizzato su un numero insufficiente di posti offerti, come effetto negativo del suo difficile accreditamento al di fuori dell'artigianato e dell'impresa piccola e media; ma, soprattutto, risultando tipizzato secondo un itinerario formativo post-scolare, percorribile non oltre i 20 anni, sì da non poter essere utilizzato per fronteggiare il fenomeno di un universo giovanile che, pur con uno scarso passato scolastico/formativo, rivelava un crescente ritardo nell'accesso sul mercato del lavoro. E nel cercarne un succedaneo, è possibile sia stato tentato dal creare un contratto di mero inserimento, come pure farà in seguito in un diverso contesto; ma, cammin facendo, deve essersi convinto di dar vita ad un contratto costruito per contrastare quel fenomeno, con un contenuto formativo minore, ma con *excursus* anagrafico maggiore rispetto all'apprendistato.

Se anche l'intento fosse stato quello di coprire coi due contratti, apprendistato e cfl, distinti bacini occupazionali, senza metterli in concorrenza fra loro; certo il confronto fra il regime assicurato al primo dalla vecchia legge n. 25/1955 e quello garantito al secondo dalla l. n. 863/1984, rivelava un vantaggio competitivo a tutto favore del nuovo arrivato, di per se tale da poter essere fatto valere nella fascia d'età condivisa, cioè quella fra i 15 ed i 20 anni.

Comune è il presupposto, costituito dal mancato riconoscimento di un obbligo formativo quale effetto naturale del contratto di lavoro subordinato<sup>609</sup>, che, quindi, richiede un tipo negoziale *ad hoc*; comune è, altresì, il tradizionale svolgimento sequenziale scuola/formazione/lavoro, il cui "periodo", però, cresce dai 15/20 anni dell'apprendistato ai 15/29 anni del cfl, per tener conto di un crescente ritardo nell'ingresso sul mercato del lavoro. Si è discusso se anche quest'ultimo potesse considerarsi a causa mista e dotato di specialità; qui è sufficiente prendere atto dell'indirizzo prevalente, favorevole ad un responso positivo, tenuto conto della attribuzione di specialità effettuata dall'art.16, co. 5, l. n. 196/1997, nei confronti sia dell'apprendistato, sia del cfl<sup>610</sup>. Attribuzione comune, ma con una significativa differenza nella "deviazione quantitativa" riscontrabile nell'uno e nell'altro rapporto: la disciplina del rapporto di lavoro subordinato era applicabile all'apprendistato, solo se compatibile e non derogata da qualche legge speciale (art. 2134 c.c.); mentre lo era al cfl, se ed in quanto non derogata dalla stessa legge (art. 5, l. n. 863/1984).

Ciò risultava coerente con la diversità nella "deviazione funzionale" a monte, che, sempre a stare alla legge, risultava più accentuata per l'apprendistato rispetto al cfl: là una formazione pratica/teorica era dotata di una precisa finalità formativa, far conseguire "la capacità tecnica per

<sup>609</sup> Questa è la tesi ancora prevalente in dottrina, v. per tutti M. NAPOLI, *Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1997, I, pag. 263 e segg. (spec. pag. 269). C'è, però, una corrente minoritaria, la quale ritiene che il "paradigma formativo" sarebbe ormai entrato nello schema causale del contratto: così F. GUARRIELLO, *Trasformazioni organizzative e rapporto di lavoro*, Napoli, 2000, pagg. 55, 75 e 222; L. GALANTINO, *Lavoro atipico, formazione professionale e tutela dinamica della professionalità del lavoratore*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1998, pag. 317 e segg.; C. ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, Milano, 2004.

<sup>610</sup> Secondo Corte cost. 8 aprile 1993, n. 149 (in *Foro It.*, 1993, I, col. 1337), che va oltre la precedente Corte cost. 25 maggio 1987, n. 190 (in *Lav. Prev. Oggi*, 1987, pag. 1599), pure il cfl è caratterizzato da una causa mista e complessa.

Per la dottrina che ha seguito l'evoluzione legislativa del cfl v. T. TREU, *Il quadro normativo ed istituzionale a sostegno della creazione di occupazione e di nuove imprese*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1987, I, pag. 333 e segg.; L. MENGHINI, *Il contratto di formazione e le nuove istituzioni del mercato del lavoro: difficoltà e possibilità di una rinascita*, in AA.VV., *Studi in memoria di Marino Offeddu*, Padova, 1988, spec. pagg. 374-375; R. PESSI, *Il contratto di formazione e lavoro*, in M. D'ANTONA, R. DE LUCA TAMAJO, G. FERRARO, L. VENTURA (a cura di), *Il diritto del lavoro negli anni '80*, Napoli, 1988, vol. I, pag. 95 e segg.; G. LOY, *Il contratto di formazione e lavoro*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro dopo l'«emergenza»*, Milano, 1988, spec. pag. 105 e segg.; B. VENEZIANI, *La flessibilità del lavoro ed i suoi antidoti. Un'analisi comparata*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1993, 2, pag. 235 e segg., spec. pag. 266; U. CARABELLI, *Il contratto di formazione e lavoro: disciplina legale e contrattuale*, Bari, 1994.

diventare lavoratore qualificato” ed era affidata all’azione convergente e coordinata di un “addestramento pratico ... mediante graduale applicazione al lavoro” cui doveva essere avviato, spalmato sull’intera durata, e di un “insegnamento complementare”, realizzato tramite la frequenza “obbligatoria e gratuita” a corsi di insegnamento, interni o esterni all’azienda; qui una formazione pratica era priva di una specifica finalità formativa e rimessa ad un “progetto formativo” concentrabile in una singola fase temporale o attività lavorativa, da realizzarsi tutto all’interno dell’azienda. Diversità, questa, che restituiva un apprendistato più selettivo, quindi più limitato, nei suoi ambiti di applicazione e più impegnativo nei suoi modi di utilizzazione rispetto al cfl, escludendosi in partenza un effetto concorrenziale; ma, com’è noto, il legislatore “propone” ed il mercato “dispone”.

Certo per l’apprendistato era sufficiente un’autorizzazione dell’Ispettorato del lavoro, mentre per il cfl era necessaria l’approvazione del progetto, scegliendo fra una via “amministrativa” ed una “negoziale”. Poi, a rigor di logica, avrebbero dovuto condividere il fatto di essere a termine, come elemento non accidentale ma essenziale, perché di per sé un processo formativo deve avere un suo svolgimento programmato su un tempo preciso, congruo rispetto all’accrescimento professionale posto come obiettivo; tant’è che, proprio per questo loro carattere peculiare, apprendistato e cfl verranno esplicitamente esclusi dall’ambito coperto dal d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368 (art. 10, co. 1).

“Elementare, Watson”. Non proprio, perché è vero che, con formula tendenzialmente coincidente, l’art. 7 della l. n. 25/1955 e l’art. 3, co. 1 della l. n. 863/1984 si limitavano a fissare le durate massime, cioè non superiori, per l’apprendistato, a quelle stabilite “per categorie professionali dai contratti collettivi di lavoro” e, comunque a cinque anni, e, rispettivamente, per il cfl, a “ventiquattro mesi e non rinnovabile”; ma è anche vero che quanto la legge sembrava unire, la giurisprudenza e la dottrina provvederanno a dividere. Come visto, l’apprendistato era stato implicitamente accreditato come contratto a tempo indeterminato dal Giudice delle leggi, peraltro con un regolamento “bastardo” del recesso datoriale: esercitabile, a rapporto in svolgimento, come licenziamento “giustificato”, a’ sensi della l. 15 luglio 1966, n. 604; esperibile, a rapporto concluso per esaurimento della durata, come licenziamento *ex art.* 2118 c.c., a’ sensi della l. n. 25/1955; mentre, in seguito, il cfl nascerà come contratto a termine<sup>611</sup>.

Il controllo esercitato dalla Commissione regionale per l’impiego per licenziare il progetto formativo del cfl era sulla carta più incisivo di quello esperito dall’Ispettorato del lavoro per autorizzare l’assunzione di un apprendista; ma la Commissione diede prova di effettuarlo privilegiandone il ritorno occupazionale. E, comunque, il cfl veniva dotato di un consistente patrimonio promozionale, tramite ricorso, prima, al modello “tradizionale” degli incentivi economici già in uso per l’apprendistato, introducendo sgravi contributivi e sconti salariali; poi, al modello “innovativo” degli incentivi normativi, rendendo inapplicabili *in casu* certi regimi visti e vissuti come rigidi. Secondo

<sup>611</sup> Secondo l’opinione dominante il cfl rappresenterebbe una *species* del *genus* contratto di lavoro a tempo determinato, con conseguente applicazione del relativo regime se non esplicitamente derogato: v. D. GAROFALO, *Formazione e lavoro tra diritto e contratto: l’occupabilità*, cit., pag. 234 e segg., con riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

il modello “tradizionale”, la contribuzione di favore nell’apprendistato, ormai vecchia di una trentina di anni, era estesa al cfl (art. 3, co. 6); e la formula del “salario d’ingresso”<sup>612</sup>, nell’apprendistato imposta dalla l. n. 25/1955 (con ricorso al criterio percentuale), sarà di lì a poco prevista nell’accordo interconfederale Cgil-Cisl-Uil/Confindustria del maggio 1986 sul cfl, anche se solo l’art. 16, co. 3, l. 19 luglio 1994, n. 451 (di conversione con modificazioni del d.l. 16 maggio 1994, n. 299) la rimetterà esplicitamente alla scelta della contrattazione collettiva (con utilizzo del criterio del sotto-inquadramento).

Poco, rispetto a quello assicurato in più dal modello “innovativo” degli incentivi normativi: la richiesta nominativa che, nell’apprendistato, restava limitata alle imprese con non più di 10 dipendenti e se, con più di 10, ad una percentuale del 25% degli apprendisti da assumersi, diventava qui regola (art. 3, co. 1, l. n. 863/1984; ma v. anche l’art. 3, co. 12); l’esclusione “dal computo dei limiti numerici previsti da leggi e contratti collettivi per l’applicazione di particolari normative e istituti” che, nell’apprendistato, restava ristretta a qualche ipotesi, era qui resa generale (art. 3, co. 10); la conversione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato “in caso di inosservanza da parte del datore di lavoro degli obblighi del contratto di formazione e lavoro”, intesi come quelli formativi, che, nell’apprendistato, rimaneva affidata solo ad una giurisprudenza favorevole, era qui ratificata dalla legge (art. 3, co. 9).

Nel mentre, la dottrina e la giurisprudenza, con l’autorevole avallo della Corte costituzionale, formulavano una sorta di graduatoria in base al contenuto formativo, che, condotta solo sulle buone intenzioni dei legislatori, a prescindere dalle dure e crude smentite dei fatti, vedeva primeggiare l’apprendistato, con largo vantaggio sul cfl; di fatto e di diritto l’apprendistato si ritrovava doppiamente penalizzato: per il deterioramento subito come strumento di crescita professionale e per lo svantaggio competitivo creato a suo danno come mezzo di promozione occupazionale. L’uso e l’abuso del cfl come strumento esclusivamente occupazionale appare a volto scoperto nel “Piano straordinario per l’occupazione giovanile” per gli anni 1986/87, di cui alla l. 11 aprile 1986, n. 113: ne costituiva l’oggetto un contributo mensile particolarmente generoso per il Sud, corrisposto a chi avesse assunto tramite cfl giovani tra i 18 e i 29 anni che fossero risultati iscritti da almeno 12 mesi nella prima e seconda classe delle liste di collocamento di cui alla l. 29 aprile 1949, n. 264; ne rappresentava il soggetto attivo, unico ed esclusivo, un Ministro del lavoro dotato del potere di dare l’*imprimatur* ai progetti formativi, avvalendosi dello schermo di un Comitato tecnico composto secondo il solito modello, da alti burocrati e da esperti di parte, con una sostanziale marginalizzazione delle organizzazioni sindacali ed una rapsodica attività di controllo affidata ad interventi a comando dall’alto dell’Ispettorato del lavoro.

Solo che questo cfl è stato un contratto che il movimento sindacale confederale ha gratificato di un occhio particolare, anticipando e condizionando il legislatore con più di un accordo interconfederale, quello già citato del maggio 1986 e quello successivo del 18 dicembre 1988 – 21 gennaio 1989, inteso a contenere e a correggere il suo uso distorto<sup>613</sup>. Ciò farà da prologo alla l. 28 febbraio 1987, n. 56, frutto del convincimento ormai largamente condiviso, per cui presupposto di qualsiasi ulteriore intervento sul mercato del lavoro era un deciso aggiornamento del sistema di

<sup>612</sup> Su cui cfr., anche per i profili inerenti l’applicabilità dell’art. 36 Cost., D. GAROFALO, *Il contratto di apprendistato*, cit., pag. 1545 e segg. (ed *ivi* nota n. 132 per ulteriori riferimenti bibliografici).

<sup>613</sup> Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Il contratto di formazione e lavoro tra legge di riforma ed accordo interconfederale*, in *Dir. Lav.*, 1990, I, pag. 237.

collocamento; ma tradotto nel testo legislativo poco e male, tanto da restituirci quel sistema ancora gravemente attardato su un monopolio pubblico a tasso eccessivo di centralismo, solo addolcito dalla rivalutazione delle Commissioni regionali per l'impiego e dalla costituzione delle Agenzie per l'impiego.

La legge rappresentava un'occasione per ritornare su due istituti "caldi", l'apprendistato ed il contratto a termine. L'art. 21 sull'apprendistato<sup>614</sup> tendeva a farsi carico dell'abuso che se ne faceva in tema di durata (prolungandola oltre la bisogna e differenziandola in ragione della data di nascita), col rinviare per la fissazione di quella massima alla contrattazione collettiva categoriale, peraltro da effettuarsi "con esclusivo riferimento al periodo ritenuto necessario all'apprendimento, senza distinzioni basate sull'età del lavoratore", sempre nell'ambito di 5 anni. Ma, soprattutto, si preoccupava di renderlo più appetibile sotto diversi aspetti: *a) ampliando l'ambito di utilizzo* (attenzione per le micro imprese, senza o con meno di tre lavoratori qualificati o specializzati, col permettere loro di assumere fino a tre apprendisti; comprensione per le imprese con attività stagionali, col concedere ai loro contratti collettivi di categoria di "prevedere specifiche modalità di svolgimento"); *e, soprattutto b) eliminando il vantaggio competitivo* creato a favore del contratto di formazione e lavoro dalla l. n. 863/1984, coll'estendere all'apprendistato quel *plus* di patrimonio promozionale già assicurato al cfl: richiesta nominativa; non computabilità<sup>615</sup>; conservazione della contribuzione di favore per tutto l'anno successivo alla trasformazione del rapporto a tempo indeterminato.

Un intervento di mero recupero di un apprendistato lasciato sostanzialmente com'era, tanto da uscire ridimensionato dal confronto con quell'autentico atto rivoluzionario compiuto dal successivo art. 23, col permettere alla contrattazione collettiva l'introduzione di ipotesi di legittima apposizione del termine, diverse ed ulteriori rispetto a quelle elencate tassativamente dalla l. 18 aprile 1962, n. 230 e successive modificazioni<sup>616</sup>.

## 7. Segue. Le ll. 19 luglio 1994, n. 451 e 24 giugno 1997, n. 196

Per l'intero decennio successivo il legislatore cercherà di adattare il contratto di cfl alla peculiarità di una disoccupazione giovanile caratterizzata da un'età sempre più avanzata e da una diffusione territoriale sempre più squilibrata; e lo farà con quella politica costituita dall'ingrandire la finestra anagrafica prevista per l'assunzione e dal rendere selettiva la contribuzione di favore, destinata ad esporlo alla condanna della Comunità Europea. Senza, però, allentarne la disciplina anti-abusiva, come prova l'art. 8, l. 29 dicembre 1990, n. 407, che, in attesa dell'"entrata in vigore della legge di riforma dei contratti di formazione e lavoro", accompagnava una rivisitazione della politica contributiva con riguardo ai datori di determinati territori, settori, dimensioni aziendali, con

<sup>614</sup> G. LOY, *L'apprendistato*, Sub art. 21, in T. TREU, F. LISO, M. NAPOLI (a cura di), *Commento alla legge 28.2.1987, n. 56 (Norme sull'organizzazione del mercato del lavoro)*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1987, pag. 742; M. NAPOLI, *La regolamentazione dell'apprendistato fra Stato, regioni e autonomia collettiva* (nota a Corte Cost. 23 giugno 1988, n. 691), in *Le Regioni*, 1989, fasc. 3, pag. 902 e segg.

<sup>615</sup> V. in particolare M. SALA CHIRI, *Costituzionalità "allo stato" dell'esclusione degli apprendisti ai fini dell'applicazione di particolari normative?* (Nota a Corte cost. 12 aprile 1989, n. 181), in *Dir. Lav.*, 1989, fasc. 3-4, pag. 211 e segg.

<sup>616</sup> Sull'art. 23 della legge n. 56/1987 M. D'ANTONA, *I contratti a termine*, in AA.VV., *Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, Napoli, 1988, pag. 111 e segg.

una sostanziosa dote “garantista”: forma scritta, pena la conversione in contratto a tempo indeterminato; esclusione delle “professionalità elementari”, connotate da compiti generici e ripetitivi; pre-condizione per ulteriori assunzioni costituita dalla conservazione in servizio di almeno il 50% di coloro cui siano scaduti i contratti nei 24 mesi precedenti (co. 5, 6 e 7). Ma, fatto degno di nota, quasi a fare da *pendant*, quegli stessi datori potevano ricorrere ad una sorta di prototipo del contratto di reinserimento, poi varato dall’art. 20 della l. n. 223/1991, cioè ad un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con un costo contributivo ridotto del 50%, riservato a lavoratori sospesi o disoccupati da almeno 24 mesi (co. 9)<sup>617</sup>.

Certo la sanzione prevista da quell’art. 8 per l’ “inadempimento da parte del datore di lavoro agli obblighi inerenti alla formazione del lavoratore”, costituita dalla revoca, previa diffida di determinati benefici contributivi (co. 8) riusciva assai meno severa di quella conversione in contratto a tempo indeterminato, introdotta dalla l. n. 863/1984. Ma, a prescindere dalla relativa problematica giuridica, c’è da dire che la conversione risulta una sanzione radicale, che lascia completamente insoddisfatta la domanda di formazione incorporata nella stessa causa del contratto di formazione e lavoro, sicché dovrebbe essere utilizzata come misura estrema, a fronte di una situazione fraudolenta o, comunque, irrecuperabile.

Strada facendo, però, entrambi i contratti formativi, apprendistato e cfl, perdevano l’incentivo della richiesta nominativa, resa generale dalla l. n. 223/1991 ed eliminata a favore della chiamata diretta, con mera comunicazione successiva, dalla l. 28 novembre 1996, n. 608. Mentre solo il cfl veniva privato dell’incentivo del non computo che gli era stato assicurato dalla l. n. 863/1984, se pur limitatamente all’art. 18 St. lav., come previsto dal suo co. 2, così come modificato dall’art. 1 della l. 11 maggio 1990, n. 108.

A distanza di neanche sei mesi dalla l. n. 407/1990, l’art. 9, l. 1 giugno 1991, n. 169 interverrà a correggere l’art. 3, l. 863/84, con un co. 1 *bis*, che portava a 32 anni l’età massima per l’assunzione nelle aree del Mezzogiorno e nelle zone svantaggiate del centro-nord, e con un nuovo co. 3, che rendeva più semplice e spedita la conclusione di un cfl, coll’escludere la necessità di un’approvazione preventiva del suo progetto formativo da parte della Commissione regionale per l’impiego, sempreché questo fosse stato predisposto in conformità “alle regolamentazioni ... concordate tra le organizzazioni nazionali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative”, senza far conto su alcun finanziamento pubblico.

Fin qui, però, il legislatore non era riuscito a sciogliere il nodo gordiano di un contratto che, contrariamente al suo nome di battesimo, faceva fatica a conciliare formazione e lavoro, sì da sacrificare la prima a vantaggio del secondo. Ma, all’indomani del Protocollo del luglio ‘93<sup>618</sup>, ecco decidersi a tagliarlo di netto con l’art. 16, l. n. 451/1994<sup>619</sup>, che prevedeva la possibilità di assumere “soggetti” fra i 16 ed i 32 anni, secondo due tipologie di cfl: la prima, c.d. forte, diretta a far acquisire professionalità intermedie o elevate, con una durata massima di 24 mesi e una dote

<sup>617</sup> In proposito cfr. P. LAMBERTUCCI, *Commento all’art. 20, l. n. 223/1991*, in M. GRANDI, G. PERA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2001, pag. 1398.

<sup>618</sup> Sul Protocollo del luglio del 1993 v. i saggi di T. TREU, P. ALLEVA, M. ROCCELLA, M. RICCI, in *Riv. Giur. Lav.*, 1993, I, pag. 215 e segg. e, in particolare, per gli aspetti relativi al mercato del lavoro, P. A. VARESI, *Efficienza e solidarietà nel mercato del lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1993, pag. 2873 e segg.

<sup>619</sup> Un commento in R. DEL PUNTA, *I contratti di formazione e lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, I, pag. 231.

oraria da dedicare alla formazione fra le 80 e le 130; la seconda, c.d. leggera, finalizzata “ad agevolare l’inserimento professionale mediante un’esperienza lavorativa che consenta un adeguamento delle capacità professionali al contesto produttivo ed organizzativo”, con una durata massima di dodici mesi e una dote oraria di 20 ore di base relative alla disciplina del rapporto, all’organizzazione del lavoro, alla prevenzione (co. 1, 2, 4 e 5).

Il che faceva fare al cfl un autentico “salto” nel suo obiettivo formativo, quale risultante dalla duplice tipologia prevista, estendendolo dall’acquisto di professionalità elevate al mero adeguamento alla concreta realtà lavorativa. Ciò con un distinguo interno riecheggiante, alla lontana, la differenza fra una formazione “generale” facilmente spendibile sul mercato del lavoro, essendo suo scopo quello di fornire professionalità medio/alte; ed una “speciale”, difficilmente trasferibile all’esterno, essendo suo fine quello di adattare capacità professionali preesistenti, presunte implicitamente come basse, ma non elementari, alla attività svolta in quella singola impresa. E, coerentemente - pur nell’ambito di un *favor* esteso ad entrambe le ipotesi con l’allargamento della platea dei potenziali utilizzatori (co. 1, ma v. anche il co. 10) e l’alleggerimento della procedura di approvazione (co. 7 e 8) - le premiava con una riduzione contributiva diversificata, in conformità alla finalità loro attribuita: mantenuta identica, per la prima tipologia, quasi comportasse una “obbligazione di mezzi”, verificabile in corso d’opera; resa subordinata alla trasformazione in un rapporto a tempo indeterminato di durata pari a quella del contratto trasformato, per la seconda tipologia, come se incorporasse una “obbligazione di risultato”.

Il che trovava riscontro nella differente formula richiesta per l’accreditamento della formazione ricevuta che, per la prima tipologia, era dato da un certificato del datore, trasmesso all’ufficio competente ed esposto al controllo regionale, sì da acquisire un rilievo “oggettivo”; mentre, per la seconda, era costituito da un attestato rilasciato dal datore al lavoratore, sì da conservare un rilievo “soggettivo”.

Questo art. 16 della l. n. 451/1994 avrebbe segnato una svolta, sempre più percepibile ed apprezzabile col crescere della distanza temporale. La disciplina relativa al cfl raggiungeva la fase terminale della sua evoluzione, con la introduzione di quella tipologia “forte” tale da sovrapporsi all’apprendistato in quella fascia d’età che di lì a poco sarebbe stata estesa per l’apprendistato dall’art. 16 l. 24 giugno 1997, n. 196<sup>620</sup>, cioè a 16-24/26 anni: una fase, questa, che risulterà essere al tempo stesso quella finale di crescita e quella iniziale di discesa, tanto lenta l’una quanto rapida l’altra. Una volta formalizzata la dissociazione fra tipologia “forte” e “debole” in ragione della finalità perseguita, cioè di fornire una vera professionalità o di favorire una mera adattabilità, la stessa unità del contratto era destinata ad entrare in crisi, come se si rivelasse una sede inidonea ad ospitare una doppia partita richiedente una ben diversa capienza: extra-casalinga, l’una, tale da doversi proiettare fuori dell’impresa, per una necessaria integrazione con il sistema di formazione professionale; casalinga, l’altra, tale da potersi esaurire tutta all’interno dell’impresa.

<sup>620</sup> L. GALANTINO, *La legge n. 196 del 1997 e gli aspetti innovativi della formazione professionale*, Relazione alle giornate di studio sul tema “Il lavoro che cambia (pacchetto Treu e dintorni)”, Palermo, 28-29 novembre 1997, in *Dir. Lav.*, 1998, fasc. 3, pag. 121 e segg.; L. MENGHINI, *L’apprendistato*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, 1998, pag. 109 e segg.; G. LOY, “Il pacchetto Treu”. Sub art. 16, l. 24.6.1997, n. 196, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1998, pag. 1338 e segg.; M. SALA CHIRI, *La formazione ed il lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, fasc. 2, pag. 303 e segg. Ancora attuali le osservazioni di M. MISCIONE, D. GAROFALO, *Legge 24 giugno 1997, n. 196*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1997, n. 30, pagg. 2069-2070.

Una conferma che qualcosa si stava muovendo, verrà dalla l. n. 196/1997, nota come “pacchetto Treu”, che sotto l’ormai usuale dedica alla promozione dell’occupazione, dava l’impressione di essere quasi spaccata in due. Apriva con una politica innovativa, di natura strutturale, quale offerta da una più ricca ed articolata tipologia degli accessi: sottoponeva al battesimo del fuoco il lavoro interinale, pudicamente reso come “fornitura di lavoro temporaneo”; rimetteva in corsa il *part-time* in un contesto di orario di lavoro ridotto e modulato; ammorbidiva ulteriormente l’originario carattere rigido del contratto a termine. Chiudeva, però, con una politica tradizionale, di portata congiunturale, quale dettata in materia di lavori socialmente utili e di interventi a favore di giovani inoccupati nel Mezzogiorno.

Ma dal punto di vista qui coltivato il meglio stava “in mezzo”, posizione di cui si vorrebbe dare una lettura non solo “topografica”, ma “programmatica”, come attribuzione di una nuova centralità della formazione come misura da privilegiare per una gestione della problematica occupazionale a medio-lungo termine. L’art. 17<sup>621</sup> affidava ad una successiva regolamentazione - di cui fissava i principi ed i criteri generali, cadenzandola nei tempi e nei costi - “l’integrazione del sistema di formazione professionale con il sistema scolastico e con il mondo del lavoro” e la emanazione di “una disciplina organica della materia, anche con riferimento ai profili formativi di speciali rapporti di lavoro quali l’apprendistato e il contratto di formazione e lavoro”. Cosa, quest’ultima, che riecheggiava il precedente art. 16, co. 5, con la sua previsione di una disciplina organica qui limitata alla sola materia di quei rapporti, con una attenzione particolare all’attività di controllo “sulla effettività dell’addestramento e sul reale rapporto tra attività lavorativa e attività formativa”.

Vi era sottesa una nuova consapevolezza circa la precondizione costituita da un sistema integrato scuola-formazione professionale, quella stessa condivisa da tutta la legislazione di fine secolo. I due, cfl ed apprendistato, sembravano qui posti sullo stesso piano e trattati nello stesso modo, con a far da terzo incomodo quei tirocini formativi e di orientamento introdotti dall’art. 18, come “non costituenti rapporti di lavoro”. Sembravano, ma non lo erano, perché, a fronte del “ritocco” effettuato dall’art. 15 alla l. n. 451/1994 sul cfl, c’era il significativo “aggiornamento” realizzato dall’art. 16 della l. n. 196/1997 sull’apprendistato: ne era prolungato verso l’alto l’*excursus* anagrafico entro cui era possibile utilizzarlo, portandolo a 16-24/26 anni; e ne veniva prefissata *ex novo* una durata minima di 18 mesi, nonché ridotta quella massima a 4 anni.

A colpo d’occhio pareva esserci più di un tratto in comune fra la tipologia “forte” introdotta dalla l. n. 451/1994 per il cfl e questo apprendistato riformato; ma ad uno sguardo più attento riusciva evidente che il confronto condotto con riguardo al contenuto formativo era tutto a favore del secondo: il monte ore che là oscillava fra le 80 e le 130 ore complessive per le professionalità intermedie e, rispettivamente elevate, qui risultava di 120 ore medie annue, con la partecipazione alle iniziative di formazione esterna, previste dalla contrattazione collettiva e proposte formalmente all’impresa dall’amministrazione pubblica competente, elevata a condizione di applicabilità delle agevolazioni contributive.

---

<sup>621</sup> Sull’intento razionalizzatore e la valenza sistemica dell’art. 17 della legge n. 196/1997 v. il commento di P.A. VARESI, *Il riordino della formazione professionale*, in M. NAPOLI (a cura di), *Commento alla legge n. 196/1997*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1998, pag. 1349 e segg.

Solo che la regolamentazione varata in attuazione della l. n. 196/1997 si sarebbe rivelata insufficiente; e, comunque, a breve, l'intera disciplina della tipologia dei contratti formativi sarebbe stata rivoluzionata dalla c.d. legge Biagi<sup>622</sup>.

### 8. Segue. L'apprendistato visto al 1990 ed al 2000

Il Rapporto Isfol 1990 presentava un bilancio del cfl, a sei anni dalla l. n. 863/1984, assai positivo, cioè di 1,8 milioni di giovani assunti, per gran parte confermati a tempo indeterminato, sì da fargli concludere che cfl e apprendistato "costituiscono il modo prevalente di assunzione per gran parte dei giovani", con quell'elemento differenziale insito nel loro rispettivo genoma, cioè l'età: il primo, prevaleva nella fascia al di sopra dei 20, mentre il secondo nella fascia al di sotto dei 20 anni, con dei totali complessivi che nel 1991 erano intorno a 320.000 e, rispettivamente, 520.000.

Sarebbe parso che il contratto introdotto dalla l. n. 863/1984 non avesse rubato spazio a quello varato dalla l. n. 25/1955, arruolando giovani fra i 15 ed i 20 anni; ma ne avesse conquistato uno nuovo, reclutando lavoratori fra i 20 ed i 29. Sicché ne sarebbe risultato, più che un conflitto in termini di concorrenza sullo stesso "mercato d'età", un rapporto complementare su uno distinto e differenziato dall'essere al di sopra o al di sotto dei 20 anni, tale da permettere così di coprirlo interamente col massimo ritorno utile.

Ma, dietro l'apparente carattere complementare di questi contratti formativi, c'era un elemento differenziale di fatto assai forte, quale dato dal tipo di imprenditore che ricorreva all'uno o all'altro, in ragione del rispettivo contenuto formativo. Se si confrontava l'*identikit* dell'apprendista, dedotto a suo tempo dal Quaderno Isfol del 1980, con quello del contrattista deducibile dal Rapporto del 1990, si vedeva come questo secondo ricalcasse il primo, nel suo essere operaio, prevalentemente maschio, incardinato al nord, concentrato nel settore industriale; e se ne distaccasse soprattutto per quel che ne costituiva il luogo privilegiato d'insediamento, artigianato per l'apprendista e piccola impresa per il contrattista. Sicché, veniva da osservare come, qualunque fosse stato l'intento del legislatore, di fatto il raddoppio dei contratti formativi era stato utilizzato per pareggiare i conti, con un continuo riallineamento degli incentivi "contributivi" e "normativi", fra i due loro maggiori fruitori: l'artigianato che, con l'apprendistato, aveva potuto arruolare a prezzo scontato giovani liberatisi da poco dall'obbligo scolastico; la piccola impresa che, con il cfl, aveva potuto assumere a costo ridotto giovani usciti da tempo dal sistema scolastico, poco istruiti e qualificati.

A distanza di un decennio, il più completo ed accurato Rapporto Isfol 2000 ricostruiva l'andamento dei due contratti formativi dal 1991 al 1999: per l'apprendistato il *trend* negativo s'invertiva nel 1997, fino a risalire un biennio dopo ad un numero di assunti intorno ai 440.000, caratterizzati da una crescita della scolarizzazione *post-obbligo*; mentre per il cfl il *trend* negativo era continuo, se pur altalenante, fino a scendere nell'ultimo anno ad un numero di contrattisti intorno ai 220.000, peraltro segnati sempre dal prevalere di un'età elevata (circa il 54% oltre i 25 anni) e da una scolarizzazione limitata all'obbligo (circa 64%). Il *gap* crescente fra l'uno e l'altro contratto sembrerebbe spiegabile in ragione del vento sfavorevole spirante a livello comunitario contro il

<sup>622</sup> Per un quadro di fine secolo v. P.A. VARESI, *I contratti di lavoro con finalità formative*, Milano, 2001; nonché D. GAROFALO, *Formazione e lavoro tra diritto e contratto*, cit., che, mentre per l'apprendistato tiene conto anche della legge Biagi, per il cfl, destinato a sopravvivere solo nel settore del pubblico impiego privatizzato offre il più articolato e dettagliato compendio.

cfl, ma anche del varo di quell'art. 16 l. n. 196/1997 che rilanciava l'apprendistato, fra l'altro portandone la forcella d'età a 16/24-26 anni: proprio in quel 1997 il *trend* dell'apprendistato cambiava segno, da negativo a positivo; mentre ricominciava a scendere il contratto di formazione e lavoro, con una chiara propensione a spostarsi dalla fascia d'età 19/24 a quella superiore 25 ed oltre.

È interessante notare come, rispecchiando un mutamento profondo nel sistema economico del nostro Paese, usciva ridimensionato il peso dell'artigianato, con un rapporto fra apprendisti occupati dentro e fuori dal settore che s'invertiva nel corso degli anni 1995-1999: era 225.000 a 194.000 (dentro); diventava 165.000 a 243.000 (fuori); e, pur restando del tutto prevalente il peso del manifatturiero, cresceva quello del terziario, con il commercio, il turismo ed i servizi pubblici già da soli al di sopra delle 100.000 unità nel 1999.

## Parte II

### 9. L'ultimo decennio: il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276

Se si vuole ricostruire la scena che fa da sfondo alla rivisitazione dell'apprendistato delineata dalla l. delega 14 febbraio 2003, n. 30<sup>623</sup> e realizzata dal d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276<sup>624</sup>, bisogna tener conto di una duplice riforma: quella della scuola, attuata con la l. 28 marzo 2003, n. 53, la c.d riforma Moratti; e quella della parte II, tit. V della Costituzione, realizzata con la l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3<sup>625</sup>. Si possa o meno interpretare quest'ultima in chiave federalista, certo ne riecheggia la norma fondamentale di una distribuzione delle competenze tale per cui lo Stato ha

<sup>623</sup> Cfr. M.G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2003, I, pag. 359 e segg.

<sup>624</sup> Per una ricostruzione generale della legge v. F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in M. MISCIONE, M. RICCI (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, 2004, pag. XXIX e segg.

Riguardo alla riforma dei contratti formativi v. M. BIAGI, *I contratti a contenuto formativo*, continuato da M. TIRABOSCHI, in ID., *Istituzioni di diritto del lavoro*, 3ª ed., Milano, 2004, pag. 184 e segg.; G. FERRARO, *Contratto di apprendistato*, in ID., *Tipologie di lavoro flessibile*, 2ª ed., Torino, 2004, pag. 119 e segg.; L. MENGhini, *Commento all'art. 47. Le tre tipologie di contratto di apprendistato, i limiti di utilizzo ed il rinvio dell'entrata in vigore della nuova disciplina*, in M. BROLLO, M.G. MATTAROLO, L. MENGhini (a cura di), *Contratti di lavoro flessibile e contratti formativi*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, 2004, pag. 194; F. GUARRIELLO, *Apprendistato*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Roma, 2004, pag. 271; P.A. VARESI, *Principi, criteri e linee guida per la costruzione del nuovo apprendistato*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Milano, 2004, pag. 371; L. ZOPPOLI, *La riforma dei contratti con finalità formative*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, pag. 541 e segg.; M. D'ONGHIA, *I contratti a finalità formativa: apprendistato e contratto di inserimento*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Bari, 2004, pag. 271 e segg.; G. LOY, *I nuovi apprendistati*, in M. MAGNANI, P. A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, cit., pag. 474 e segg.; S. PIRRONI, P. SESTITO, *Le fattispecie contrattuali della riforma Biagi: alcune considerazioni di carattere giuridico, economico e pragmatico*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, I, pag. 21 e segg. Sull'apprendistato professionalizzante v. in particolare G. BRUNELLO, A. TOPO, *L'apprendistato professionalizzante: dalla formazione apparente alla formazione effettiva?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, I, pag. 33 e segg.

<sup>625</sup> Nella dottrina giuslavoristica v. M. RUSCIANO, *Il diritto del lavoro italiano nel federalismo*, in *Lav. Dir.*, 2001, n. 3, pag. 491 e segg.; M. MAGNANI, *Il lavoro nel Titolo V della Costituzione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, n. 3, pag. 645 e segg.; M. PERSIANI, *Devolution e diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, pag. 19 e segg.; R. PESSI, *Il diritto del lavoro fra Stato e Regioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, n. 1, pag. 75 e segg.; L. ZOPPOLI, *La riforma del Titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i "pezzi" di un difficile puzzle?*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, suppl. fasc. 1, 2002, pag. 152; F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2003, n. 1, pag. 17 e segg.; e, da ultimo, R. SALOMONE, *Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale*, Padova, 2005.

quelle e quelle sole che gli sono esplicitamente attribuite in via esclusiva o concorrente, mentre le Regioni conservano a sé stesse tutte le altre; riecheggia e niente più, perché in base alla stessa elencazione delle materie riservate al solo Stato ed al concorso Stato/Regioni, così come interpretata da una Corte costituzionale preoccupata dell'unità del sistema, quelle residue lasciate alle sole Regioni sono poche e, comunque, non praticabili in solitaria. Tant'è che la stessa "istruzione" e "formazione professionale", che a' sensi dei co. 2 e 3 dell'art. 117 novellato sarebbero le uniche a toccare esplicitamente *in toto* alle Regioni, saranno destinate a fare i conti con la competenza esclusiva dello Stato in materie come l' "ordinamento civile" e la "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" di cui al co. 1, lett. l) ed m), così da alimentare una giurisprudenza costituzionale quanto mai corposa<sup>626</sup>.

Pur a scena cambiata, c'è una sostanziale continuità fra la l. n. 196/1997 e la l. delega n. 30/2003 per quanto riguarda la tipologia contrattuale, perché questa conferma la copresenza da protagonisti dell'apprendistato e del cfl, con a far da comparsa il tirocinio, come rapporto non lavorativo. Solo che, nel definirne le finalità, il primo è rilanciato come strumento formativo recuperato nel sistema integrato scuola/formazione professionale; mentre il secondo viene ridimensionato a mezzo funzionale all'inserimento/reinserimento mirato in azienda<sup>627</sup>, sin quasi a confonderlo col tirocinio<sup>628</sup>, che, pur non integrando un rapporto di lavoro, costituisce sempre un inserimento mirato "alla conoscenza diretta del mondo del lavoro".

Col senno di poi, è possibile cogliervi un segno premonitore di quel "travisamento" messo in atto dal Governo che, nel d.lgs. n. 276/2003, modificava radicalmente la lista dei protagonisti destinati a riempire la scena privatistica, con l'esclusione del cfl e l'inclusione di un contratto di inserimento; e, quanto alla comparsa, allungava la lista preesistente, con l'aggiunta di un timido tirocinio estivo. Almeno a livello di intento coltivato dal legislatore delegato, l'apprendistato avrebbe dovuto acquistare un ruolo egemone, in virtù di una duplice linea operativa: "interna", esaltandone la vocazione formativa, con a premessa l'emarginazione del cfl; ed "esterna", combattendone la deriva occupazionale, con l'introduzione del contratto di inserimento.

a) *La linea operativa "interna": l'apprendistato a prevalente vocazione formativa.* Dando il ben servito al cfl laddove contava di più, il Governo lo addolciva col limitarlo per il futuro ad un uso riservato esclusivamente al settore pubblico, peraltro senza farsi carico di gestire il periodo transitorio, lasciato ad un accordo interconfederale del novembre 2003 (art. 89, co. 9, secondo periodo). Quel cfl, uscito dall'intervento dell'art. 16, l. n. 451/1994, scisso in un duplice sotto-tipo "forte" e "leggero", mantenuto forzatamente unito sotto lo stesso tetto, risultava difficilmente compatibile coll'ambizioso progetto perseguito: un sistema d'istruzione integrato ed un contratto formativo unico. Il sistema era quello "duale", con possibile passaggio interno tramite il credito corrispondente alla qualifica acquisita all'interno di ciascun canale, che, già prefigurato dalla c.d. riforma Berlinguer, era stato rilanciato dalla c.d. riforma Moratti, con la discussa anticipazione a 13/14 anni della scelta fra licei e formazione professionale; ed il contratto era l'apprendistato,

<sup>626</sup> G. ORLANDINI, *Contratti formativi e competenze normative delle Regioni*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, cit., pag. 515.

<sup>627</sup> Così D. GAROFALO, *Il contratto di inserimento*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, 2007, vol. II, t. 2, pag. 1955 e segg.

<sup>628</sup> Sempre nel contesto della riforma del 2003 cfr. P. PASCUCCI, *La revisione dei tirocini formativi e di orientamento. Ancora una riforma solo annunciata*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, cit., pag. 461.

trasformato in un *passepartout* formativo di cui potersi servire “in tutti i settori di attività”, secondo una triplice tipologia, concepita e battezzata nel co. 1 dell’art. 47, d.lgs. n. 276/2003 con riguardo alla qualifica finale: *l’apprendistato per l’espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione* (c.d. “qualificante”) - usabile da un giovane fra i 15 ed i 18 anni - una “qualifica professionale” definita dalle Regioni “ai sensi della l. 28 marzo 2003, n. 53” (art. 48); *l’apprendistato professionalizzante* - utilizzabile da un soggetto fra i 18 ed i 29 anni, col termine iniziale ridotto a 17 anni per il possessore di una qualifica professionale ai sensi della l. n. 53/2003 - una “qualificazione attraverso una formazione sul lavoro e la acquisizione di competenze di base, trasversali e tecnico-professionali” (art. 49); *l’apprendistato per l’alta formazione* (cd. specializzante) - usufruibile da un soggetto fra i 18 e i 29 anni - un titolo di studio di livello secondario o universitario o di alta formazione (art. 50).

Al che faceva seguito, nel co. 2 dello stesso art. 47, quale esplicito tratto in comune a tutti e tre i tipi, il recupero del numero massimo di apprendisti che un datore poteva assumere, non più del 100% dei lavoratori specializzati o qualificati in servizio (art. 2, co. 3, l. n. 25/1955, come aggiunto dall’art. 1, l. n. 424/1968); e, se non aveva o aveva meno di tre dipendenti specializzati o qualificati, fino a tre (art. 21, co. 1, l. n. 56/1987), con rinvio per l’artigianato alla l. 8 agosto 1985, n. 443. Se questo vincolo numerico era ribadito, dato il suo chiaro scopo anti-abusivo, venivano abrogati, invece, dal successivo art. 85, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 276/2003, quel residuo di controllo pubblico sull’avviamento degli apprendisti sopravvissuto fino ad allora, ma ormai del tutto obsoleto, cioè il previo semaforo verde dell’Ispettorato del lavoro (art. 2, co. 2, l. n. 25/1955, come aggiunto dall’art. 1, l. n. 424/1968) e il peculiare procedimento di assunzione (art. 3, l. n. 25/1955).

Dietro la comune configurazione come “credito formativo per il proseguimento nei percorsi di istruzione e di istruzione e formazione professionale” (art. 51 d.lgs. n. 276/2003), la meta finale risultava diversificata in ragione della formazione necessaria per acquisirla. Da questa derivava, in prima battuta, la contrapposizione fra i primi due tipi (artt. 48 e 49) ed il terzo (art. 50), perché solo per quelli risultava del tutto coesistente la formazione *on the job*; nonché, in seconda battuta, la stessa distinzione fra quei primi due apprendistati. Per cogliere quest’ultima distinzione, non era sufficiente considerare a sé la rispettiva meta finale che l’art. 48 indicava con la dizione forte di “qualifica professionale” e l’art. 49 con l’espressione “debole” di “qualificazione”; occorreva riconsiderarla alla luce dell’attività richiesta per conseguirla, che l’art. 48 rinviava alla regolamentazione regionale e l’art. 49 articolava sulla “formazione sul lavoro” e sull’“acquisizione di competenze di base”, con una formula che riecheggiava nella sostanza quella utilizzata dall’art. 16 l. n. 25/1955, “apprendimento pratico” e “insegnamento complementare”.

Il fatto è che la tipologia messa a punto dagli artt. 48 e 49 intendeva soddisfare l’esigenza formativa e occupazionale espressa dai giovani fra l’assolvimento dell’obbligo scolastico e l’ingresso sempre più ritardato al lavoro, affrontandola con una duplice ma convergente strategia. L’apprendistato ex art. 48 era previsto quale strumento adatto per completare subito il percorso formativo necessario per il soddisfacimento del relativo obbligo, con una collocazione “formale” nel sistema formativo; a sua volta, l’apprendistato ex art. 49 era predisposto quale mezzo adeguato per riprendere o recuperare in seguito un percorso formativo, con una collocazione “sostanziale” sul mercato intra- ed extra-aziendale.

E ne sarebbe seguita una razionalizzazione delle fasce d’età coperte: nei due contratti formativi preesistenti si prolungavano e si sovrapponevano, con l’apprendistato arrivato ai 16-24/26 e il cfl ai 16/32 anni; mentre nei due tipi ex artt. 48 e 49, che li sostituivano, apparivano accorciate, sì da

poter essere poste in sequenza, 15-18 e, rispettivamente, 18-29 anni; peraltro, senza risultare incompatibili, ben potendo, a' sensi dello stesso art. 49, il primo tipo essere seguito dal secondo, con conseguente sommatoria dei rispettivi periodi, fino al massimo di 6 anni previsto per quest'ultimo.

Razionalizzazione, questa, destinata ad avere a coda una conseguente rivisitazione dei limiti minimi/massimi di durata previsti dalla legge: se, ieri, per un apprendistato praticabile fra i 16-24/26 valeva un minimo di 18 mesi ed un massimo di 4 anni, dato il suo carattere multiuso, oggi, per il tipo *ex art.* 48, utilizzabile fra i 15/18 contava un unico limite, quale costituito da un massimo di 3 anni visto il suo rilievo tendenzialmente mono-uso, cioè con riguardo al completamento dell'obbligo formativo; ed ancora, se ieri per un cfl, usufruibile fra i 16 ed i 32 anni, vigeva un massimo di 12 per il modulo "debole" e 24 mesi per il modulo "forte", oggi, per il tipo *ex art.* 49, risultava un minimo di 2 ma un massimo di 6 anni, essendo stato recuperato ad un ruolo prevalentemente formativo.

A riprova dell'esistenza di una parentela stretta fra i due tipi di apprendistato, c'era la disciplina prevista dall'art. 48 e ripresa alla lettera dall'art. 49: introdotta *ex novo*, come per il contratto in forma scritta, con indicazione della prestazione prevista, del "piano formativo individuale", della qualifica da acquisire; o ereditata, come il divieto del cottimo ed il regime del recesso datoriale esercitabile solo per giusta causa o giustificato motivo nel corso del rapporto, ma a' sensi dell'art. 2118 c.c., al termine dello stesso.

Dopo di che il legislatore pensava bene di cavarsela tramite un rinvio ad altre fonti, con una chiara e netta preferenza accordata alla normativa regionale rispetto alla contrattazione collettiva, certo sotto l'influenza della riforma costituzionale del 2001<sup>629</sup>. Toccava alle Regioni regolare i profili professionali dell'apprendistato, seguendo percorsi diversi, a seconda del tipo considerato, d'intesa coi Ministri competenti *oppure* con le oo.ss. (qui comprensivo sia delle associazioni datoriali, sia delle organizzazioni sindacali) comparativamente più rappresentative sul piano regionale (art. 48 e, *rispettivamente*, art. 49); nonché rispettando criteri e principi direttivi anche qui mutuati letteralmente dall'uno all'altro articolo, tranne alcuni significativi scostamenti. Ciò rende opportuno offrire un elenco comparato di tali criteri, sì da distinguere quelli condivisi e quelli no: definire "la qualifica professionale" a' sensi della l. n. 53/2003 (art. 48); introdurre un monte ore di "formazione esterna od interna all'azienda congruo al conseguimento della qualifica professionale", rispettando gli *standard* minimi di cui alla stessa l. n. 53/2003 *oppure* di "formazione formale interna o esterna all'azienda di almeno 120 ore per anno, per la acquisizione di competenze di base e tecnico-professionali" (art. 48 e, *rispettivamente*, art. 49); prevedere il rinvio ai contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale, aziendale da oo.ss. comparativamente più rappresentative per la determinazione, anche all'interno degli enti bilaterali, delle "modalità di erogazione della formazione aziendale nel rispetto degli *standard* generali fissati dalle regioni competenti" *oppure*, delle "modalità di erogazione e di articolazione della formazione interna ed esterna alle singole aziende, anche in relazione alla capacità formativa interna rispetto a quella offerta dai soggetti esterni (art. 48 e, *rispettivamente*, art. 49); "il riconoscimento sulla base dei risultati conseguiti all'interno del percorso di formazione, esterna ed interna all'impresa, della

<sup>629</sup> F. CARINCI, *Il principio di sussidiarietà verticale nel sistema delle fonti*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2006, pag. 1496 e segg.; L. ZOPPOLI, *Stato, Regioni e parti sociali nella regolazione dell'apprendistato: recenti sviluppi*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2006, n. 1, pag. 193; D. GAROFALO, *L'apprendistato tra sussidiarietà verticale e orizzontale*, in *Boll. Adapt*, 2005, n. 50; v. anche i riferimenti di cui alla nota 71.

qualifica professionale ai fini contrattuali” (artt. 48 e 49); “la registrazione della formazione effettuata nel libretto formativo” (artt. 48 e 49); “la presenza di un tutore aziendale con formazione e competenze adeguate” (artt. 48 e 49); la possibilità di sommare i periodi di apprendistato svolti secondo i tipi di cui agli artt. 48 e 49 (art. 49).

Era la differente collocazione, così come sopra richiamata, a dar ragione del perché la procedura per la regolazione regionale e la determinazione delle modalità di erogazione della formazione da parte della contrattazione collettiva fossero diverse per i due tipi di apprendistato: più “istituzionalizzate” (intesa coi Ministri competenti; contrattazione collettiva vincolata al rispetto degli *standard* generali fissati dalle regioni) per l’apprendistato per l’espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione; e, rispettivamente, più “partecipate” (intesa con le oo.ss.; contrattazione collettiva non vincolata), per l’apprendistato professionalizzante. Ma questa, a sua volta, era correlata a quella difformità nella rilevanza della rispettiva attività di formazione già resa evidente dalla comparazione fra il rinvio alle Regioni di cui all’art. 48, co. 4, lett. a), con riguardo alla definizione della “qualifica professionale” a’ sensi della l. n. 53/2003; e, rispettivamente, l’immediato profilo offerto dall’art. 49, co. 1, con rispetto alla “qualificazione”, se pur sulla base della formazione necessaria per conseguirla. Difformità, peraltro, destinata a trovare piena conferma proprio nella diversa regolamentazione regionale dell’attività formativa, perché, come appena visto, diverso era sia il monte ore che doveva prevedere, sia il contenuto del rinvio che doveva effettuare alla contrattazione collettiva con riguardo alle modalità di erogazione.

Dall’intero quadro, l’apprendistato professionalizzante di cui all’art. 49 esce confermato come l’erede di quello tradizionale disciplinato dalla l. n. 25/1955; erede del *de cuius*, ma distinto e diverso da lui, ché nel frattempo tanta acqua era passata sotto i ponti. La formula dell’attività formativa dell’apprendista suonava simile, se pur non uguale, perché nella legge sull’apprendistato consisteva in un “addestramento pratico” tramite “una graduale applicazione al lavoro” cui doveva essere avviato, più un “insegnamento complementare” idoneo a fornire “le nozioni teoriche indispensabili all’acquisizione della piena capacità professionale” (art. 16, co. 1 e 2); mentre nell’articolo del decreto del 2003 constava di “una formazione sul lavoro” e, rispettivamente della “acquisizione di competenze di base, trasversali e tecnico-professionali” (art. 49, co. 1). Ma la finalità perseguita era ben diversa, visto che là era data dalla “qualifica” di operaio qualificato, secondo un “mestiere” dotato di una sua identità sul mercato del lavoro; mentre qui era costituita da una “qualificazione”, secondo un “tipo” fornito di una sua fisionomia nel sistema classificatorio del contratto collettivo di riferimento.

D’altronde l’art. 49 era sì l’erede, ma non diretto, bensì per tramite dell’art. 16, l. n. 196/1997, di cui condivideva la durata della formazione teorica, calcolata in un monte di 120 ore annuali, ma non la dislocazione: se per questo la sede doveva essere esterna, come risultava implicitamente dall’aver elevato a condizione di applicabilità delle agevolazioni contributive la partecipazione degli apprendisti alle iniziative formative predisposte al di fuori dell’azienda; per quello, al pari dell’art. 48, poteva essere sia interna che esterna, secondo una formula destinata a durare.

b) *La linea operativa “esterna”: il contratto di inserimento a prevalente vocazione occupazionale.* Se della strategia complessiva tradotta nel decreto legislativo, quella finora vista costituiva la linea “interna”, intesa a valorizzare la finalità formativa dell’apprendistato, con una riforma della sua disciplina che aveva a pre-condizione la fine prematura del cfl; resta da considerare l’altra,

l'“esterna”, tesa ad alleggerire la pressione occupazionale tradizionalmente esercitata sull'apprendistato, divertendola su un contratto apprestato *ad hoc*<sup>630</sup>. È un giudizio scontato quello per cui a dividersi l'eredità del cfl ex l. n. 451/1994 sarebbero stati l'apprendistato professionalizzante che ne avrebbe assorbito il modulo “forte” e il contratto di inserimento che ne avrebbe sostituito quello “leggero”; ma, almeno con riguardo a tale ultimo contratto, vero fino ad un certo punto.

Senza dubbio la definizione offerta del tipo “leggero” dall'art. 16, lett. b), l. n. 451/1994, per cui era “mirato ad agevolare l'inserimento professionale mediante un'esperienza lavorativa che consenta un adeguamento delle capacità professionali al contesto produttivo ed organizzativo” veniva riecheggiata da quella dell'art. 54, co. 1: “Il contratto di inserimento è un contratto di lavoro diretto a realizzare, mediante un progetto individuale di adattamento delle competenze professionali del lavoratore a un determinato contesto lavorativo, l'inserimento ovvero il reinserimento nel mercato del lavoro”. Sicché, si dava per scontata l'esistenza di conoscenze professionali pregresse, presunte implicitamente come basse, qui, stando ad un'opinione corrente, anche elementari; e si perseguiva la finalità non di migliorarle od accrescerle, bensì solo di adeguarle o adattarle alle prestazioni richieste sulla base di un piano, che, introdotto a suo tempo per il primo come “progetto formativo”, risultava ora esteso al secondo come “progetto individuale di inserimento”, peraltro, qui, tramite rinvio ad un contratto collettivo di livello nazionale o territoriale o aziendale circa il modo con cui definirlo, anche tramite ricorso ad un Ente bilaterale<sup>631</sup>.

Niente di nuovo sotto il sole. Non esattamente, perché risultava ben diverso l'universo di riferimento: per il contratto cfl ex art. 16, l. n. 451/1994 era costituito solo da “soggetti” di 16/32 anni; mentre per il contratto di inserimento veniva ora dato da un *mix* di lavoratori connotabili tutti come “deboli” per essere difficilmente collocabili sul mercato del lavoro, secondo un elenco che ai primi due posti recuperava i “soggetti” di 16/32 anni, suddivisi in “soggetti” di 18/29 anni e “disoccupati di lunga durata” di 29/32 (art. 54, co. 1). Così, un confronto fra il modulo “leggero” del cfl ed il contratto di inserimento, condotto solo in base ai loro contenuti, avrebbe mostrato una sostanziale continuità; allargato, invece, ai destinatari, avrebbe potuto far sospettare una trasformazione della comune finalità di “recupero”: non più solo di soggetti giovani, cui permettere di maturare una prima esperienza lavorativa; ma di lavoratori emarginati nel mercato del lavoro per qualsiasi ragione, di età, condizione lavorativa, sesso, stato di salute, cui assicurare comunque un'occupazione pur temporanea<sup>632</sup>.

<sup>630</sup> L. MENGHINI, *Il contratto di inserimento*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, cit., pag. 289 e segg.; M. DELL'OLIO, *Il contratto di inserimento*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, cit., pag. 385 e segg.; P. BELLOCCHI, *Il contratto di inserimento*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro. D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Bologna, 2004, pag. 603 e segg.; E. BALLETTI, *Il contratto di inserimento al lavoro: profili strutturali e funzionali del nuovo modello negoziale*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, 2005, 163 e segg.; P. LOI, *Il contratto di inserimento*, in M. MAGNANI, P.A. VARESÌ, *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, cit., pag. 509 e segg.; D. GAROFALO, *Contratto di inserimento (voce)*, in *Dig. Comm.*, vol. IV, Aggiornamento \*\*\*\*\*, 2009, pag. 150 e segg.; da ultimo v. A. MINERVINI, *Contratto di inserimento*, in M. BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. VI, Padova, in corso di pubblicazione.

<sup>631</sup> P. TIRABOSCHI, *L'avvio del contratto di inserimento tra contrattazione collettiva e chiarimenti ministeriali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2005, n. 1, pag. 234.

<sup>632</sup> G. SPOLVERATO, *Un contratto di inserimento per un ingresso guidato nel mercato del lavoro*, in M. BROLLO, M.G. MATTAROLO, L. MENGHINI (a cura di), *Contratti di lavoro flessibile e contratti formativi*, cit., pag. 226 e segg.

Veniva ripresa e ribadita la forma scritta, a pena di conversione in contratto a tempo indeterminato (art. 56); ma veniva modificata la durata, che per il modulo “leggero” del cfl era solo massima, 12 mesi, mentre per il contratto di inserimento, dichiarato non rinnovabile fra le stesse parti, era sia minima, 9, sia massima, 18 mesi (art. 57). E se, come l'apprendistato, anche il cfl era sottratto al regime sul contratto a termine, a' sensi dell'art. 10, co. 1, lett. b) e c), d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, il contratto di inserimento vi era soggetto: questo, peraltro, solo nel limite in cui quel regime legislativo risultasse compatibile, e sempreché un contratto collettivo nazionale o territoriale (sottoscritto dalle oo.ss. comparativamente più rappresentative sul piano nazionale) o aziendale (siglato dalle rsa ex art. 19 St. lav. o dalle rsu) non fosse stato di contrario avviso (art. 58, co. 1).

c) *La convergenza delle discipline dei due contratti.* A questo punto, però, riesce interessante notare come il confronto del regime proprio dell'uno e dell'altro contratto ci restituisca un risultato largamente convergente. Partendo dal sistema sanzionatorio, era evidente come l'art. 53, co. 3 sul contratto di apprendistato e l'art. 55, co. 5 sul contratto di inserimento, preferissero una sanzione *soft* rispetto a quella *hard* della conversione in contratto a tempo indeterminato. L'art. 53, co. 3 colpiva l' "inadempimento nella erogazione della formazione" che fosse tale da essere addebitato *in toto* al datore di lavoro e da impedire il raggiungimento degli obiettivi definiti per i tre tipi di apprendistato dagli artt. 48, co. 2, 49, co. 1 e 50, co. 1, con la sanzione del versamento dei "contributi agevolati maggiorati del 100 per cento". Mentre, a sua volta, l'art. 55, co. 5 reprimereva le "gravi inadempienze<sup>633</sup> nella realizzazione del progetto individuale di inserimento" con l'obbligo per il datore di lavoro di "versare la quota dei contributi agevolati maggiorati del 100 per cento" (art. 55, co. 5).

Qui c'è solo da ribadire la valutazione di massima positiva espressa a suo tempo sull'art. 8, co. 8, l. n. 407/1990, perché elevare la conversione in contratto a tempo indeterminato a sanzione unica, sempre e comunque spendibile, significa far propria la premessa tutta ideologica che qualsiasi contratto non a tempo indeterminato e pieno costituisca una sorta di devianza da riprendere e correggere ogniqualvolta possibile a tutto vantaggio del lavoratore. Il che rappresenta qui un'autentica forzatura, perché la conversione porta con sé la perdita della finalità formativa, pure quando potrebbe ancora essere coltivata e soddisfatta, una volta ripresa e corretta l'eventuale inadempienza datoriale.

A sua volta, il quadro comparativo degli "incentivi" previsti per i due contratti, apprendistato ed inserimento, rivelava una sostanziale uniformità, a cominciare da quelli "salariali" e "normativi" garantiti negli stessi termini e modi dai co. 1 e 2 degli artt. 53 e 59, scritti gli uni a ricalco degli altri. Il sotto-inquadramento poteva essere effettuato per entrambi, fino a due livelli al di sotto di quello posto come l'obiettivo cui era finalizzato il contratto di apprendistato o cui era preordinato il progetto d'inserimento: un dato che era già scontato per il regolamento collettivo dell'apprendistato; ma non per il regime legislativo (art. 16, co. 3, l. n. 451/1994) e collettivo del cfl che lo limitava ad un solo livello. Sicché, qui, il contratto di inserimento segnava un punto a suo favore rispetto al cfl, potendo far valere un sotto-inquadramento non di uno, ma di due livelli.

<sup>633</sup> L'aggettivo "gravi" ha indotto a pensare che "non dovrebbe bastare... una divergenza non lieve degli obblighi previsti dal progetto di inserimento, qualora si accerti in concreto che il contratto abbia raggiunto il suo scopo, che è quello di un ingresso guidato nel mondo del lavoro": G. SPOLVERATO, *Il progetto individuale di inserimento e le sanzioni*, in M. BROLLO, M.G. MATTAROLO, L. MENGHINI (a cura di), *Contratti di lavoro flessibile e contratti formativi*, cit., pag. 234.

Pure il non computo nei “limiti numerici previsti da leggi e contratti collettivi per l’applicazione di particolari normative e istituti” del personale assunto tramite loro, scattava per entrambi. Un vantaggio, questo, acquistato dall’apprendistato in forza dell’art. 21, co. 7, l. n. 56/1987, se pur senza l’inciso ora aggiunto, “fatte salve specifiche previsioni di legge o di contratto collettivo”, e mantenuto in seguito; ottenuto, all’inizio, anche dal cfl, in base alla l. n. 863/1984, ma perso per l’art. 1, l. 11 maggio 1990, n. 108, se pur limitatamente all’art. 18 St. lav. Sicché, qui, il contratto di inserimento segnava un altro punto a suo favore sempre con riguardo al cfl, potendo far pesare il non computo del lavoratore inserito o reinserito pure nel calcolo del limite numerico previsto dall’articolo statutario.

Tutto bene, se non fosse che il legislatore del 2003 continuava a dimenticare come a suo tempo Corte cost. 12 aprile 1989, n. 181<sup>634</sup> avesse sì giustificato il non computo degli apprendisti, ma solo *pro tempore*, con riguardo ad uno stato occupazionale particolarmente grave; tanto da invitarlo contestualmente a trovare dell’altro, meno dirompente rispetto allo statuto protettivo del lavoro subordinato. Per scusare il nostro legislatore, verrebbe da dire che, mentre quello stato diventava cronico, si era cercato e tentato in lungo ed in largo, senza riuscire a far saltare fuori niente di meglio.

Quanto agli “incentivi contributivi”, anche qui con piena consonanza, l’art. 53, co. 3 e l’art. 59, co. 3, “in attesa del sistema degli incentivi all’occupazione” si rifacevano alle discipline vigenti. Per l’art. 53, co. 3, “restano fermi gli attuali sistemi di incentivazione economica”, con una condizione “sospensiva” di ben difficile realizzazione perché la sua erogazione sarebbe rimasta “tuttavia soggetta alla effettiva verifica della formazione svolta” secondo le modalità decretate dal Ministro del lavoro d’intesa con la Conferenza Stato-Regioni. Mentre l’art. 59, col co. 3, estendeva gli incentivi economici già goduti dal cfl al contratto di inserimento, ma escludendo esplicitamente proprio quelli menzionati per primi nell’elenco dei potenziali destinatari, cioè “i soggetti di età compresa tra i diciotto e i ventinove anni”: per tener conto del limite posto dall’ordinamento comunitario, ma, al tempo stesso, per ridurre se non eliminare il rischio di un contratto di inserimento elevato a concorrente pericoloso dell’apprendistato professionalizzante. E, poi, col co. 4, lo stesso art. 53 manteneva ferma la disciplina previdenziale e assistenziale prevista dalla l. n. 25/1955 e successive modificazioni.

## 10. Segue. Il lungo intermezzo

Confermando l’opinione per cui l’Italia sarebbe ricca di discreti architetti, la c.d. legge Biagi guardata in pianta dava una qualche idea di grandezza, con quell’apprendistato a triplice navata, che s’immaginava già affollato di giovani praticanti. Ma, poiché sarebbe al tempo stessa povera non solo di buoni ingegneri, ma anche di fidati geometri, non era prevedibile la durata richiesta dall’esecuzione di un’opera che, già di per sé estremamente complessa, dipendeva dalla preventiva messa a regime della l. n. 53/2003 e contava sull’utilizzazione di una ricca ed articolata serie di appalti alla legislazione regionale ed alla contrattazione collettiva<sup>635</sup>. Del che la legge delegata mostrava piena consapevolezza, col prevedere, all’art. 47, co. 3, che, in attesa di una compiuta attuazione della disciplina prevista, “continua ad applicarsi la vigente normativa in materia”. Saggia precauzione verrebbe da dire, sempreché non si trasformi in una copertura dell’atavica inerzia

<sup>634</sup> In *Mass. Giur. Lav.*, 1989, pag. 132 con nota di G. MANNACIO e in *Dir. Lav.*, 1989, II, pag. 211, con nota di M. SALA CHIRI.

<sup>635</sup> L. CAROLLO, *Il lungo processo per la messa a regime del nuovo apprendistato*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2006, n. 1, pag. 195 e segg.

che attarda la realizzazione di una qualsiasi riforma, con la conseguenza di rivederla, ripensarla, ritoccarla qua e là in maniera casuale, a risposta di questa o quella emergenza, prima ancora di averla attuata. Cosa, invece, puntualmente verificatasi.

A poco più di un anno dalla riforma era cominciata un'opera di manutenzione ordinaria, con l'inserzione in qualche legge, come tipicamente il "Collegato Lavoro", di una disposizione correttiva od integrativa del decreto del 2003. Di manutenzione ordinaria si poteva parlare già con riguardo al d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251, che, all'art. 19, sopprimeva il divieto di adibire l'apprendista "a lavori di manovalanza e di serie" che, se rispettato, avrebbe reso difficile se non impossibile il sotto-inquadramento di due livelli permesso *apertis verbis* (modificando la lett. b, co. 1, art. 85, d.lgs. n. 276/2003); ed, all'art. 11, precisava la sanzione prevista per l'"inadempimento nella erogazione della formazione" richiesta per i tre tipi di apprendistato (riscrivendo il co. 3 dell'art. 53, d.lgs. n. 276/2003): la prevista "quota dei contributi agevolati" da corrispondere doveva essere intesa come costituita dalla "differenza tra la contribuzione versata e quella dovuta con riferimento al livello di inquadramento contrattuale superiore che sarebbe stato raggiunto dal lavoratore al termine del periodo di apprendistato"; e la maggiorazione del 100% escludeva "l'applicazione di qualsiasi altra sanzione prevista in caso di omessa contribuzione".

Solo che questa non bastava, perché la riforma faceva fatica a decollare per la carenza delle fonti che avrebbero dovuto completarla: così l'apprendistato "qualificante" di cui all'art. 48, visto lo stallo della c.d. riforma Moratti, prolungatosi anche dopo il d.lgs. 17 ottobre 2005, n. 226, che conteneva le norme generali e fissava i livelli essenziali delle prestazioni relativi al secondo ciclo di educazione e formazione; così, ancora l'apprendistato "professionalizzante" di cui all'art. 49, visto il diffuso astensionismo regionale. Certo potevano avvalersi della l. n. 25/1955, come modificata ed integrata, peraltro con tutta la problematica relativa alla interazione fra vecchia e nuova disciplina *in progress*; ma non senza soffrire per questa provvisorietà.

Occorreva un'attività di manutenzione straordinaria a cominciare dall'apprendistato più importante e frequentato, quello "professionalizzante", come fu fatto con l'aggiunta di un co. 5-*bis* all'art. 49 (art. 13, co. 13-*bis* del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni nella l. 14 maggio 2005, n. 80). Di diritto e di fatto si creava un *bypass*, per cui il flusso destinato a disciplinare quel tipo di apprendistato avrebbe potuto passare attraverso il canale alternativo costituito dalla contrattazione collettiva condotta dalle oo.ss. comparativamente più rappresentative, fin tanto che fosse durata l'occlusione regionale. Il che sapeva tanto di intervento da pronto soccorso, destinato ad essere scusato per il suo stesso carattere urgente, pur quando poco rispettoso del protocollo ufficiale, come *in casu*, dove dava corpo ad un esproprio del potere legislativo regionale.

Nel mentre la contrattazione collettiva si faceva carico della transizione e la prima legislazione regionale si affacciava sulla scena con una faccia sperimentale, iniziava la corsa alla Corte costituzionale, aperta dalle Regioni e poi continuata anche dalla Presidenza del Consiglio (una volta che cominciarono a vedere la luce le leggi regionali) con la conseguente emersione di una giurisprudenza ben presto attestatasi su una linea precisa. Secondo quella che ne costituiva la premessa, l'apprendistato era posto all'incrocio di competenze statali e regionali, ripartite a' sensi dell'art. 117 Cost.: spettava allo Stato, in via esclusiva, normare il contratto, ivi compresa la formazione "interna" o aziendale, per ricadere tali materie dentro l'"ordinamento civile", elencato al co. 2, lett. l); spettava allo Stato e alle Regioni, in via concorrente, disciplinare "l'istruzione" e la "tutela e sicurezza del lavoro", per essere tali materie menzionate al co. 3; spettava, in via residuale, alle

Regioni regolare la formazione “esterna” o extra aziendale, per rientrare tali materie nell’ambito della “istruzione e formazione professionale” rinviata dal co. 3 al co. 4. Ma tale ripartizione doveva fare i conti con la forte interferenza esistente fra competenze statali esclusive con riguardo alla formazione interna e regionali residuali con rispetto alla formazione esterna, sì da far escludere che Stato e Regioni potessero procedere in totale separatezza, con interventi distinti e non coordinati; e far concludere, invece, che dovessero far ricorso ai già collaudati criteri della prevalenza e della leale collaborazione (Corte cost. n. 50/2005; n. 406/2006; n. 24/2007)<sup>636</sup>.

Solo che la riforma non riusciva a prendere quota, sì da essere rivisitata dal Protocollo del 23 luglio 2007, poi “recepito” da quella l. 24 dicembre 2007, n. 247, che delineava la correzione di rotta destinata ad essere confermata nella successiva attività di manutenzione straordinaria del d.lgs. n. 276/2003: all’art. 1, co. 30, prevedeva una delega finalizzata al “riordino” della “normativa in materia di a) servizi per l’impiego; b) incentivi all’occupazione; c) apprendistato”; e, al successivo co. 33, la sua attuazione con riguardo all’apprendistato, “previa intesa con le regioni e con le parti sociali”, secondo puntuali principi e criteri direttivi già proiettati oltre la legge Biagi<sup>637</sup>.

Senza dubbio questo art. 1, co. 33, l. n. 247/2007 ha influito sull’art. 23, l. 6 agosto 2008, n. 133 (di conversione con modifiche del d.l. 25 giugno 2008, n. 112), destinato a far manutenzione ordinaria e straordinaria rispetto all’apprendistato professionalizzante dell’art. 49 e specializzante dell’art. 50, d.lgs. n. 276/2003<sup>638</sup>. Era ordinaria *sia* quella sull’art. 49, co. 3, mantenendo la durata “massima” di 6 anni ed eliminando la “minima” di 2 anni per l’apprendistato professionalizzante, sì da permettere alla contrattazione di tener conto di un crescente numero di giovani qualificabili in tempi più brevi, c.d. mini apprendisti, ferma restando la competenza regionale a dire l’ultima parola (Corte cost. 10-14 maggio 2010, n. 176)<sup>639</sup> (art. 23, co. 1, d.l. n. 112/2008); *sia* quella

<sup>636</sup> Corte cost. 28 gennaio 2005, n. 50, in *Giur. Cost.*, 2005, n. 1, pag. 395 con nota di S. SCAGLIARINI, *Principi fondamentali in materia di potestà concorrente e delegazione legislativa: una conferma dalla Consulta e ivi*, 4, pag. 3370, con nota di I. PELLIZZONE, *La «concorrenza di competenze» ovvero la formazione professionale tra ordinamento civile e competenze regionali*; Corte cost. 7 dicembre 2006, n. 406, in *Foro Amm. CDS*, 2006, n. 12, pag. 3265 e segg.; Corte cost. 6 febbraio 2007, n. 24, in *Dir. Prat. Lav.*, 2007, pag. 746. In dottrina, per un commento alla giurisprudenza costituzionale in materia v. B. CARUSO, A. ALAIMO, *Il conflitto tra Stato e Regioni in tema di lavoro e la mediazione della Corte Costituzionale: la recente giurisprudenza tra continuità e innovazione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, II, pag. 556. Sulla problematica relativa alla coesistenza fra legislazione statale e regionale v. M. ROCCELLA, *La disciplina dell’apprendistato professionalizzante nella legislazione regionale*, in *Lav. Dir.*, 2007, pag. 175; M. DELFINO, *Rapporti di lavoro, finalità formative e legislazione regionale*, in *Lav. Dir.*, 2007, pag. 493; G. ORLANDINI, *Un dialogo pluriordinamentale: Regioni e parti sociali tra sperimentazioni e “messe a regime” del nuovo apprendistato professionalizzante*, in M. RUSCIANO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI, M. NAPOLI (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Napoli, 2006, pag. 153; L. ZOPPOLI (a cura di), *La legislazione regionale in materia di lavoro: studi preparatori*, in *Quaderni ARLAV - Regione Campania*, Napoli, 2007; D. COMANDÈ, *Il diritto del lavoro al “plurale”. Regioni e modelli regolativi differenziati nell’apprendistato professionalizzante*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2008, pag. 997 e segg.

<sup>637</sup> Cfr. D. GAROFALO, *Il riordino della disciplina dell’apprendistato*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Il Collegato lavoro 2008*, Milano, 2008, pag. 47 e segg.

<sup>638</sup> V. G. LOY, *Un apprendistato in cerca d’autore*, in M. MAGNANI, A. PANDOLFO, P.A. VARESI (a cura di), *Previdenza, mercato del lavoro, competitività. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e al decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133*, Torino, 2008, pag. 275; M. TIRABOSCHI, *L’apprendistato professionalizzante e l’apprendistato di alta formazione dopo la legge n. 133 del 2008*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2008, n. 4, pag. 1050.

<sup>639</sup> Corte cost. 14 maggio 2010, n. 176, in *Guida Lav.*, 2010, n. 23, pag. 12 con commento di M. TIRABOSCHI, *L’apprendistato professionalizzante dopo la sentenza n. 176/2010 della Consulta*; in *Dir. Rel. Ind.*, 2010, n. 2, pag. 448 con nota di E. CARMINATI, *La disciplina dell’apprendistato professionalizzante dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 176 del 2010*; *ivi*, pag. 1109 con nota di R. SANTIAGATA, *La formazione aziendale in una recente pronuncia della Corte Costituzionale in materia di apprendistato professionalizzante*; in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, pag. 515 con nota di I. ALVINO, *Il nuovo intervento della Corte Costituzionale sulla ripartizione delle competenze fra Stato e Regioni in materia di apprendistato*; in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, II, pag. 1070 e segg. con nota di M. BARBIERI, *Apprendistato*

sull'art. 50, co. 3, inserendo fra i titoli di alta formazione conseguibili con l'apprendistato specializzante "i dottorati di ricerca" (art. 23, co. 4).

Ben più significativa e rilevante risultava l'attività di manutenzione straordinaria effettuata da quello stesso art. 23<sup>640</sup>. Il suo co. 2 aggiungeva un co. 5-ter all'art. 49 sull'apprendistato professionalizzante: "In caso di formazione esclusivamente aziendale *non opera quanto previsto dal comma 5. In questa ipotesi* i profili formativi dell'apprendistato professionalizzante sono rimessi *integralmente* ai contratti collettivi di lavoro stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ovvero agli enti bilaterali. I contratti collettivi e gli enti bilaterali *definiscono la nozione di formazione aziendale* e determinano, per ciascun profilo formativo, la durata e le modalità di erogazione della formazione, le modalità di riconoscimento della qualifica professionale ai fini contrattuali e la registrazione nel libretto formativo". Ciò significava tracciare lungo l'unica via già riservata alle Regioni una linea netta e continua, sì da creare una doppia corsia, quella della formazione "interna" privata, percorribile a nome dello Stato dalla contrattazione collettiva e, rispettivamente, quella della formazione "esterna" pubblica, percorribile dalle Regioni. Sicché del tutto prevedibile e scontata apparve la chiamata in causa della Corte costituzionale da parte delle stesse Regioni, per violazione *in primis* dell'art. 117 Cost., cui Corte cost. 14 maggio 2010, n. 176 diede sostanzialmente ragione.

Certo la motivazione non brillava per chiarezza e per coerenza; ma, si sa, non poteva essere letta come se fosse soggetta alla stessa deontologia ermeneutica di una ordinaria, perché finalizzata non tanto a giustificare la fondatezza, quanto a spiegare la portata della pronuncia. D'altronde vi ritornava l'argomentazione ormai consolidata, per cui la formazione nella sua duplice variante, "interna" (aziendale) ed "esterna" (extra-aziendale), era unita da una stretta ed inscindibile interrelazione, sì da non poter essere regolata senza una previa coordinazione fra i titolari delle rispettive competenze, fino a trovare la sua espressione più alta nella previa intesa.

La pronuncia costituiva una perfetta esemplificazione di una sentenza di accoglimento manipolativa: operazione chirurgica, capace di salvare la vita al paziente, se pur a costo di sacrificarne estetica e funzionalità. L'asportazione delle parti del co. 5-ter riportate sopra in corsivo permetteva una lettura coordinata dei co. 5 e 5-ter, così amputato, per cui la formazione professionale veniva sì restituita *in toto* alla competenza della Regione; ma in esclusiva per quella "esterna" e in condivisione con la contrattazione collettiva delegata dallo Stato per quella "esclusivamente aziendale". Da qui la necessità di ricorrere a quella misura salvifica della leale collaborazione, destinata, però, a fare i conti con la sopravvivenza di una duplice lista, nei co. 5 e 5-ter non coincidente con quel che poteva contenere la disciplina regionale e, rispettivamente collettiva, pur se destinato ad incidere sulla stessa formazione interna.

---

*professionalizzante: la leale collaborazione impossibile (per ora);* *ivi*, pag. 1089 e segg. con nota di S. CIUCCIOVINO, *Stato, regioni, autonomia privata nell'apprendistato professionalizzante; ivi*, pag. 1099 e segg. con nota di M. GARATTONI, *La formazione aziendale nell'apprendistato ex art. 49, comma 5-ter, d.lgs. n. 276/2003 dopo la sentenza n. 176/2010 della Corte Costituzionale*; in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, II, pag. 644 e segg. con nota di M. D'ONGHIA, *Ancora una pronuncia della Corte Costituzionale sul riparto di competenze fra Stato e Regioni in tema di apprendistato*.

<sup>640</sup> Su tale disposizione v. D. GAROFALO, *La formazione in apprendistato: in attesa del riordino maggiori competenze all'autonomia collettiva*, in M. MISCIONE, D. GAROFALO (a cura di), *Commentario alla legge n. 133/2008: lavoro privato, pubblico e previdenza*, Milano, 2009, pag. 495 e segg.

Della manutenzione straordinaria tentata dall'art. 23, l. n. 133/2008 questa rappresentava solo la parte attinente all'apprendistato professionalizzante, ma ce n'era un'altra, meno importante, peraltro destinata a maggior fortuna, riguardante l'apprendistato specializzante. Il suo co. 4 aggiungeva al co. 3 dell'art. 50 un doppio periodo, per cui "In assenza di regolamentazioni regionali l'attivazione dell'apprendistato di alta formazione è rimessa ad apposite convenzioni stipulate dai datori di lavoro con le università e le altre istituzioni formative. Trovano applicazione, per quanto compatibili, i principi stabiliti all'articolo 49, comma 4, nonché le disposizioni di cui all'art. 53". Debitamente contestato dalle Regioni per violazione della competenza loro spettante, il comma veniva promosso da quella stessa Corte cost. n. 176/2010, che aveva bocciato il co. 5-ter dell'art. 49: qui appariva del tutto ragionevole rimediare al ritardo nel dar corso all'apprendistato, introducendo un meccanismo destinato a dar vita ad un regolamento "cedevole" a fronte di quello regionale che fosse eventualmente varato in seguito.

A reconsiderarla nella sua interezza, quella qui definita come una attività di manutenzione straordinaria si rivelava una vera e propria ristrutturazione della riforma delineata con il d.lgs. n. 276/2003, peraltro sotto la stretta di una situazione vissuta come emergenziale di per sé sufficiente a privarla della necessaria sistematicità; ma che lasciava intatta la triplice tipologia dell'apprendistato. Vi era sottesa la convinzione che sarebbe bastato farla partire, questa riforma, per vederla funzionare a pieno regime; ma poiché le Regioni latitavano, la sola cosa da fare era affidarne la responsabilità alla contrattazione collettiva, rivelatasi da sempre ben più pronta ed accurata: cosa, questa, che, in effetti, avrebbe mostrato di funzionare proprio con riguardo all'apprendistato professionalizzante destinato a sostituire progressivamente quello di cui alla l. n. 196/1997. Ma bisognava inventarsi una qualche copertura rispetto alla possibile contestazione fatta Costituzione alla mano, col confezionare la programmata "espropriazione" come non definitiva o se definitiva, come solo parziale.

Non si atteggiava come definitiva la soluzione introdotta con l'aggiunta all'art. 49, sull'apprendistato professionalizzante, del co. 5-bis e riecheggiata nella aggiunta all'art. 50 sull'apprendistato specializzante di un penultimo ed ultimo periodo: si trattava sempre della predisposizione di un *bypass* finalizzato ad aprire un percorso artificiale, quale dato dalla contrattazione collettiva o dalle apposite convenzioni universitarie o simili, per tutto il tempo in cui quello naturale dell'intervento regionale restasse bloccato. Mentre si configurava come definitiva, solo parziale, la soluzione varata con l'aggiunta all'art. 49, del co. 5-ter, la quale, facendosi forte della pregressa giurisprudenza costituzionale, divideva la competenza in materia di formazione professionale a seconda che questa fosse "interna" o "esterna", mantenendo la prima a capo della Regione e spostando la seconda a carico della contrattazione collettiva/Enti bilaterali, legittimandola in base ad un'esplicita delega dello Stato.

Se, però, il Giudice delle leggi poteva dar via libera al *bypass*, per il suo carattere emergenziale che lo rendeva provvisorio, non poteva fare altrettanto per lo scorporo a danno della Regione della competenza attinente alla formazione aziendale: esclusa una netta bocciatura, perché qui perdurava la stessa assenza regionale considerata altrove rilevante, non le restava che ripiegare su quella formula compromissoria costituita da una condivisione Stato/Regioni della competenza controversa, destinata ad essere gestita secondo la regola aurea della leale collaborazione. Da qui il legislatore del T.U. avrebbe tratto la sua brava lezione, che, cioè, sarebbe bastato spostare a monte l'operatività di quella regola, con una previa intesa Governo/Regioni, per legittimare una

ripartizione delle competenze in materia di formazione professionale tale da privilegiare rispetto a quella regionale, quella statale esercitata tramite la contrattazione collettiva e gli Enti bilaterali.

Questa stagione intermedia si sarebbe conclusa con la chiusura della vecchia partita giocata nel primo decennio del secolo e la riapertura della nuova destinata ad essere disputata nel secondo: quel d.lgs. n. 276/2003, ormai vicino a concludere un cammino rimasto lungamente confinato al testo cartaceo, conosce l'ultima attività a suo favore, in forza dell'art. 2, co. 155, l. 23 dicembre 2009, n. 191 e dell'art. 48, co. 8, l. n. 183/2010; mentre il T.U., cioè il d.lgs. n. 167/2011, ormai prossimo ad iniziare un percorso circondato da un quasi unanime consenso, appare in piena gestazione, in ragione della riapertura dei termini della delega prevista dagli artt. 1, co. 30, lett. c) e 33, l. n. 247/2007, da parte dell'art. 46, co. 1, lett. b) della stessa l. n. 183/2010.

L'art. 2, co. 155, l. n. 191/2009, poteva ancora dirsi di manutenzione ordinaria, se pur dotata di particolare importanza, venendo ad aggiungere a quel co. 1 dell'art. 53, che limitava l'eventuale ricorso al sotto-inquadramento a non più di due livelli, un co. 1-*bis*, che concedeva alla contrattazione collettiva nazionale, territoriale o aziendale condotta dalle oo.ss. comparativamente più rappresentative sul piano nazionale di stabilire "la retribuzione dell'apprendista in misura percentuale della retribuzione spettante ai lavoratori addetti a mansioni o funzioni che richiedono qualificazioni corrispondenti a quelle per il conseguimento delle quali è finalizzato il contratto", graduandola "anche in rapporto all'anzianità di servizio". Il che permetteva di corrispondere all'apprendista una retribuzione, nel corso del rapporto, calcolata in misura percentuale; e, una volta mantenuto in servizio al termine del rapporto, corrispondente ad un sotto-inquadramento fino a due livelli<sup>641</sup>.

Invece l'art. 48, co. 8 l. n. 183/2010<sup>642</sup> doveva considerarsi non tanto di manutenzione, quanto piuttosto di attivazione dell'apprendistato di cui all'art. 48 d.lgs. n. 276/2003. Il d.p.r. 15 marzo 2010, n. 89, interveniva sul precedente d.lgs. n. 226/2005, modificandone la parte attinente ai percorsi liceali, ma lasciando invariata quella riguardante i percorsi di istruzione e formazione professionale. Il che permetteva l'avvio della riforma Moratti, con decorrenza dall'anno scolastico 2010/2011, così da dar ragione di quell'art. 48, co. 8, l. n. 183/2010, per cui "Fermo restando quanto stabilito dall'art. 48 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 ... l'obbligo di istruzione di cui all'articolo 1, comma 622, della l. 27 dicembre 2006, n. 296 ..., si assolve anche nei percorsi di apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione". Il che, fra l'altro, risolveva il problema sorto all'indomani della c.d. mini-riforma Fioroni, l. 27 dicembre 2006, n. 296, che, all'art. 1, co. 622 innalzando la durata dell'obbligo scolastico a dieci anni e, conseguentemente, l'età di ammissione al lavoro da quindici a sedici anni, aveva fatto dubitare della perdurante possibilità di iniziare tale apprendistato a quindici anni; lo risolveva, col dar per scontato il mantenimento *in toto* dell'art. 48 a fronte di quell'obbligo prolungato dalla l. n. 296/2006.

<sup>641</sup> Per un quadro dello stato dell'arte alla vigilia della l. n. 183 del 2010, v. D. PAPA, *Il contratto di apprendistato. Contributo alla ricostruzione giuridica della fattispecie*, Milano, 2010.

<sup>642</sup> D. GAROFALO, *Il riordino della disciplina dell'apprendistato al secondo appello*, in M. MISCIONE, D. GAROFALO (a cura di), *Il collegato lavoro 2010: commentario alla Legge n. 183/2010*, Milano, 2011, pag. 517 e segg.

Con la l. n. 183/2010 ormai in dirittura d'arrivo, l'intesa triangolare 27 ottobre 2010, intitolata significativamente "Per il rilancio dell'apprendistato"<sup>643</sup> offrirà una diagnosi impietosa del decreto legislativo del 2003, compromessa dall'incerta ripartizione delle competenze fra Stato e Regioni, con ad aggravante la scarsa attenzione data alle parti sociali per via dei contratti collettivi e agli Enti bilaterali. Sicché il suo art. 46, co. 1, lett. b) che riapre i termini della delega di cui all'art. 1, co. 30 l. n. 247/2007, da esercitare secondo i principi ed i criteri direttivi previsti del successivo co. 33, verrà alla luce in un clima di forte aspettativa di una riforma ...della riforma.

### 11. Segue. L'apprendistato visto al 2009/2010

Il tormentone legislativo faceva sospettare quel che emerge da quegli anni, cioè uno stato di sofferenza dell'apprendistato che rispecchia il grave deterioramento economico in corso, ma anche un mutamento dell'assetto produttivo del Paese. Stando a Isfol, Monitoraggio sull'apprendistato, XII Rapporto, elaborato sulla fonte Inps e pubblicato nel dicembre 2011, ma riferito al 2009/2010, lo "stato di avanzamento" dei tre tipi di apprendistato introdotti dal d.lgs. n. 276/2003 è assai diverso<sup>644</sup>: embrionale per il primo, relativo all'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione (art. 48), peraltro sbloccato a livello nazionale da poco, che, sul finire del 2010, poteva vantare solo la conclusione da parte delle Regioni Lombardia e Veneto delle intese con le parti sociali e con i Ministeri competenti, nonché la predisposizione di un "Programma" ad opera della Provincia di Trento; avanzato per il secondo, c.d. professionalizzante (art. 49), che, a metà del 2011, poteva contare sulla regolazione per legge regionale, con annessa e connessa implementazione in tredici fra Regioni e Province autonome, e sulla regolazione in via sussidiaria tramite la contrattazione collettiva nelle altre; iniziale, per il terzo, c.d. specializzante, con cinque Regioni che ne hanno cominciato a promuovere la diffusione sul territorio nazionale, cioè, oltre le solite Lombardia e Veneto, più la Provincia di Trento, l'Emilia-Romagna ed il Piemonte. Non deve sorprendere che a muoversi siano le Regioni del Nord, certo per la loro maggior spinta e capacità propulsiva, ma rafforzata qui dal continuare ad essere la pratica dell'apprendistato distribuita in maniera affatto ineguale: al 2010, 303.033 unità al Nord, con prevalenza del Nord-ovest sul Nord-est; 141.192 al centro; 97.649 nel Mezzogiorno.

Solo che, a dispetto dell'arricchimento sia pure in *progress* del prontuario contrattuale, il numero degli apprendisti, in crescendo dall'inizio del secolo, conosce nel triennio 2008/2010 un calo significativo: da 645.385 a 541.874, con una perdita netta di 100.000 unità. Il che riesce del tutto sintonico rispetto all'andamento occupazionale, perché se, dal 2008 al 2010, la percentuale degli apprendisti sugli occupati 15-29 anni cala dal 16,1% al 15,1%, i tassi di occupazione 15-64 e 15-29 anni scendono dal 58,7% al 56,9% e, rispettivamente, dal 39,3% al 34,5%.

È vero che a guardare dentro al *trend* negativo è facile accorgersi come l'apprendistato professionalizzante, a quanto visto l'unico effettivamente operativo del trio licenziato dal d.lgs. n. 276/2003, appare nel triennio in lieve crescita (da 367.054 a 399.275), mentre l'"altro", cioè quasi esclusivamente quello di cui alla l. n. 196/1997 sopravvissuto a tutt'oggi, è in caduta (da 278.331

<sup>643</sup> I. ALVINO, *L'intesa tra il Governo, regioni, province autonome e parti sociali per il rilancio dell'apprendistato*, in Riv. It. Dir. Lav., 2011, I, pag. 127 e segg.

<sup>644</sup> Per un commento sul X Rapporto Isfol che offre dati comparabili v. P.A. VARESI, *Il monitoraggio dell'apprendistato: risultati e problemi aperti*, in Dir. Rel. Ind., 2009, pag. 949.

a 142.599): come risultato netto, al 2010, l'apprendistato professionalizzante finisce per costituire poco meno dei 3/4 dell'intero ricorso al contratto di apprendistato. Certo questo "travaso" selettivo dal vecchio al nuovo regime dipende largamente dal fatto che il completamento del regime applicabile all'apprendistato professionalizzante sia stato sufficientemente rapido, affidato com'era ad una contrattazione collettiva, potenziata con una continua manutenzione straordinaria dell'art. 49, d.lgs. n. 276/2003; ma lo è stato sul filo di un sostanziale *continuum* col passato, visto che, così come attuato, l'apprendistato professionalizzante non differisce granché dal precedente tipo unico in un sistema che, lungi da divenire plurale con un afflato universalista, è rimasto monista con un respiro parziale e limitato. Il che ci conferma, se mai ce ne fosse stato bisogno, che l'affinamento tecnico-giuridico dello strumento non è di per sé produttivo di un grande effetto sul suo uso che, nella fase positiva del ciclo, appare influenzato soprattutto dal costo normativo ed economico, considerato in sé ed in confronto con l'intero armamentario contrattuale offerto dall'ordinamento; e, nella fase negativa, riesce condizionato pesantemente dall'andamento sfavorevole del mercato.

C'è dell'altro dietro il dato economico, cioè il cambiamento strutturale dell'assetto produttivo del nostro Paese, con un progressivo restringimento del terreno di insediamento tradizionale dell'apprendistato, riflesso in quello spostamento del peso relativo già rilevato con riguardo all'ultimo decennio del secolo scorso: nel triennio 2008-2010, l'artigianato va da più a meno di un 1/3 (dal 34% al 31,8%); mentre il settore manifatturiero sperimenta, per la prima volta, nel 2010, il "sorpasso" da parte del settore commercio e riparazioni, con un 23,2% contro un 24,3%, fatto, questo, che aiuta a spiegare il tasso crescente di partecipazione femminile, pari nel 2010 a circa il 43%.

A rimetterci, però, è il numero degli apprendisti, non quello delle trasformazioni in contratti a tempo indeterminato, che, nel 2010, raggiunge le 177.000, con un incremento rispetto all'anno precedente che appare maggiore per quelli sopra i 24 anni, occupati da imprese non artigianali rispetto a quelli sotto i 24 anni, impiegati in aziende artigianali. Ma ciò non sembra sufficiente a provare il fatto che l'essere stati apprendisti continui ad assicurare confortevoli futuri occupazionali; fatto, questo, smentito da un'analisi longitudinale condotta mettendo a confronto due classi di apprendisti, riferite agli assunti nel 2000 e, rispettivamente, nel 2005. Dall'analisi comparata dei dati, emerge che, a distanza di cinque anni, la classe del 2005 presentava, nel 2010, una percentuale di non occupati pari al 22,2%, mentre la classe 2000, mostrava, nel 2005, solo una percentuale di 18,5.

Ci sono, però, due dati ulteriori, da mettere in evidenza. Il primo attiene all'età, perché un apprendista su tre ha più di 25 anni, oltre la metà più di 22 anni, solo un 3% è sotto i 18 anni, quindi quasi sempre ben al di là dell'età di adempimento dell'obbligo formativo, con un inevitabile ricorso all'apprendistato collocato sul *continuum* art. 16 l. n. 196/1997 e art. 49 d.lgs. n. 276/2003: trattasi, d'altronde, di un soggetto ancora poco scolarizzato, con il 52,4% con al massimo la licenza media, anche se c'è in atto un miglioramento, ben visibile nel numero crescente di laureati (5,5%), diplomati (33,6%), qualificati (8,5%). Il secondo concerne la durata effettiva, perché il 42,3% dei contratti di apprendistato dura meno di tre mesi, il 15,3% tra i quattro mesi e l'anno, il 30,5% fra uno e tre anni, il 12% oltre i tre anni; non solo, perché l'85,5% cessa prima della scadenza, per il 60% a causa di dimissioni e per il 24% a causa di licenziamento. Ora la durata conferma la larga utilizzazione per una finalità occupazionale, se pur a tener conto la crescente quota di prestazioni lavorative specie nel terziario, richiedenti una breve se non brevissima attività formativa; e, a sua

volta, la cessazione anticipata riconducibile all'iniziativa dell'apprendista testimonia della sua relativa forza sul mercato del lavoro, se pur a scontare anche qui qualcosa, cioè della tendenza giovanile ad uscire e rientrare nella categoria dei c.d. NEET (*Not in Education, Employment or Training*), contando sulla rete familiare.

Di pari passo con quello degli apprendisti, c'è anche il calo dei partecipanti ad attività formative delle Regioni, calcolati, per il 2010, in uno su quattro: prevalentemente adulti e divisi in ragione dei titoli di studio posseduti, con livello scolastico ben superiore a quello generale (un buon 45% di laureati e diplomati e con un 35,6% di soggetti con al più un titolo di licenza media); dato, quest'ultimo, che mette in evidenza come l'impegno formativo cresca col livello di scolarizzazione, sicché il sistema finisce per produrre l'effetto perverso, di aiutare l'"istruito" a diventarlo sempre di più e a lasciare il "non istruito" così com'è.

## 12. Il T.U. (d.lgs. 14 settembre 2011, n. 167). L'esercizio della delega ex art. 1, co. 30 e 33, l. n. 247/2007

Se l'art. 46, co. 1, lett. b), l. n. 183/2010 riapriva i termini della delega di cui all'art. 1, co. 30, l. n. 247/2007, non ne modificava i criteri ed i principi direttivi, quali espressi dallo stesso co. 30 con riguardo ai servizi per l'impiego, agli incentivi per l'occupazione, all'apprendistato; ma poi integrati dal successivo co. 33, con rispetto al solo apprendistato<sup>645</sup>. Rileggendoli, se, da un lato, l'uso del termine *soft* "riordino" in luogo di quello *hard* "riforma" per indicare il perimetro della delega ci suggerisce l'immagine di un legislatore del 2007 prudente, consapevole dell'impegno richiesto da un intervento esteso lungo l'intero fronte regolativo del mercato del lavoro; dall'altro, il fondamento e l'elenco dei principi e criteri direttivi della delega, ci restituiscono la sembianza di un legislatore smalzato, intenzionato a procedere con passo deciso, ma su un percorso che gli è reso incerto e faticoso dall'esserne veri o presunti proprietari, in perenne conflitto, lo Stato e le Regioni.

Da qui la "blindatura" che riteneva di assicurare alla futura decretazione delegata, col configurarla, nel co. 30 - con rispetto a tutti e tre i temi elencativi - come ricompresa nella competenza esclusiva dello Stato, per essere finalizzata alla "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" di cui all'art. 117, co. 2, lett. m) Cost.; e col farla precedere, nel co. 33 - con riguardo all'apprendistato - da quella "previa intesa con le regioni", oltre che con le parti sociali, elevata dalla giurisprudenza costituzionale a espressione più alta e completa della leale collaborazione richiesta a Stato e Regioni, per risolvere le loro questioni di confine.

Il che trovava conferma nei principi e criteri direttivi preposti dal co. 33 all'esercizio della delega in materia di apprendistato, distinguibili proprio in ragione della loro posizione nei confronti della riforma del 2003. Da un lato, i principi *sub* a), c), d) si spingevano fino a darne per scontata la precoce obsolescenza, in vista di una sua incisiva rivisitazione: a) "rafforzamento del ruolo della contrattazione collettiva"; c) individuazione per l'apprendistato professionalizzante "di meccanismi in grado di garantire la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni", dove ritorna il richiamo a quell'art. 117, co. 2 Cost., riflesso anche nel periodo immediatamente successivo "e l'attuazione uniforme e immediata su tutto il territorio nazionale dell'intera disciplina"; d) "adozione di misure volte ad assicurare il corretto utilizzo dei contratti di apprendistato". Dall'altro il

<sup>645</sup> V. D. GAROFALO, *Il riordino della disciplina dell'apprendistato al secondo appello*, cit., pag. 517 e segg.

principio *sub b*) si limitava a prevederne una integrazione, quale data dall'individuazione di *standard* nazionali di qualità, dalla certificazione delle competenze, dalla validazione dei progetti formativi individuali, dal riconoscimento delle capacità formative delle imprese “anche al fine di agevolare la mobilità territoriale degli apprendisti, mediante l'individuazione di requisiti minimi per l'erogazione della formazione formale”.

Non per nulla ad aprire era il criterio *sub a*), che, sotto il termine anodino “rafforzamento”, sembrava celare quella svolta anticipata con la manutenzione straordinaria del d.lgs. n. 276/2003. Una qualche ragione di questa apertura verso la contrattazione collettiva la si sarebbe potuta trovare nella sua disponibilità a farsi carico di un'attività di supplenza nei confronti delle Regioni rimaste inattive; e nella sua capacità di fornire una disciplina nazionale uniforme a fronte di una normativa regionale applicabile Regione per Regione, tale da poter produrre disuguaglianze socialmente intollerabili ed economicamente inaccettabili, perché in grado di penalizzare la concorrenza ed intralciare la mobilità.

E sarà proprio questo “programma”, sotteso più che esplicitato nel co. 33 dell'art. 1, l. n. 247/2007, a costituire la *road map* seguita per dar forma e sostanza al d.lgs. n. 167/2011<sup>646</sup>. Si presenta come figlio di un procedimento partecipato, con un duplice passaggio dato dall'intesa raggiunta nella Conferenza Stato/Regioni il 7 luglio 2011, per mettere la parola fine alla “guerra delle competenze”, con quella “previa intesa” sulla loro ripartizione richiesta dalla Corte costituzionale; e, rispettivamente, dall'intesa con le parti sociali conclusa da lì a qualche giorno, l'11 luglio, per ottenere la loro ratifica di una ripartizione che le vedeva chiamate a svolgere una parte più importante. E si auto-qualifica come “Testo unico sull'apprendistato”, titolo giustificato dal taglio netto con il passato regime, abrogato di botto o lasciato sopravvivere per non più di un semestre (art. 7, co. 6 e 7, T.U.), allo scopo di minimizzare il classico contenzioso circa il rapporto fra “vecchio” e “nuovo”, tipico di ogni precedente passaggio di consegne; ma assai meno dal contenuto, non certo esaustivo, ricco com'è di rinvii ad altre fonti, tanto da farlo ribattezzare da qualcuno testo “quadro”.

É comprensibile che a fronte del brillante risultato costituito dall'adattare il regolamento di un istituto al suo nuovo ruolo di canale tendenzialmente unico di ingresso nel mercato, raggiunto in un tempo ristretto e in un clima di larghissimo consenso da parte di tutti i co-protagonisti, si chieda di togliersi il cappello; ma, fermo restando che rimane pur sempre consigliabile per il pratico attenderlo all'esame dei fatti, ché, a quanto ci dice il passato, potrebbe rivelarsi assai più difficile del previsto, è imprescindibile per lo studioso valutarne l'impatto sul sistema. Ciò vuol dire *in primis* assumere a termine di confronto il testo costituzionale, pur consapevoli di quel processo ormai consolidato per cui interpretarlo al passo con i tempi equivale a svuotarlo del suo contenuto originario a favore di quanto consolidatosi in fatto con l'esplicito supporto di alcuni e il tollerante silenzio di molti se non tutti gli addetti ai lavori. *Vox clamans in deserto*, verrebbe già da osservare con riguardo al rispetto dei principi e criteri della delega, che, come detto, portavano già dentro di sé spirito e senso del superamento del d.lgs. n. 276/2003, ma non erano tali da poter

<sup>646</sup> M. D'ONGHIA, *Il Testo Unico sull'apprendistato*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2012, I, in corso di pubblicazione; D. GAROFALO, *Del tirocinio (o apprendistato). Artt. 2130-2134*, in A. VALLEBONA (a cura di), *Del Lavoro*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario al codice civile*, Torino, in corso di pubblicazione; M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, Milano, 2011; D. MEZZACAPO, *L'apprendistato*, in M. BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. VI, Padova, in corso di pubblicazione.

soportare il peso che il T.U. scaricherà su di loro. Si pensi a quel principio base di cui alla lett. a) del co. 33, art. 1 l. n. 247/2007, formulato nei termini di “un rafforzamento della contrattazione collettiva”, che sottintende un cambiamento di rotta dalla fonte regionale a quella collettiva; ma per quanto, come pur si è qui fatto, si possa stirare quella parola “rafforzamento”, resta problematico assumerla a guida ispiratrice della redistribuzione di competenze operata dal T.U.

Niente più di un accenno all'eccesso di delega, perché ormai la legge delega è divenuta una cambiale in bianco concessa dal Parlamento al Governo, con una tolleranza della Corte costituzionale tutta all'insegna di quella massima popolare per cui “chi è causa del suo mal, pianga se stesso”. Ma non è questa la voce più pesante del conto lasciato aperto col testo costituzionale dal T.U., che è e rimane quella della redistribuzione delle parti fra i protagonisti, Regioni e oo.ss.

### 13. Segue. La definizione del contratto

Prima di fare entrare i nostri protagonisti, bisogna ricostruire la scena, che si articola su tre fondali: la definizione del contratto e delle tre tipologie (art. 1); la determinazione della disciplina, generale (art. 2) e particolare per ciascuna delle tre tipologie (artt. 3, 4, 5); la elencazione delle disposizioni finali, che per lo più tali non sono, se non nel senso di essere state recuperate e collocate in fondo (art. 7).

L'art. 1, co. 1 appare estremamente significativo, prima di tutto per lo stesso posto che occupa, a capo dell'intero testo, poi per il contenuto, cioè di come definisce l'apprendistato: “un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato finalizzato alla formazione e alla occupazione dei giovani”<sup>647</sup>. Riesce improprio che la durata preceda la causa, ma spiegabile, perché la configurazione del contratto come a tempo indeterminato fa da premessa alla conversione ad “U” della stessa causa, data non più dalla classica relazione sinallagmatica formazione più retribuzione/prestazione lavorativa, ma da una duplice funzione presentata come pari ordinata, cioè dare una professionalità e favorire un'occupazione. Il che lo priva della tanto conclamata specialità, con una sostanziale eliminazione della “deviazione funzionale” riflessa nella ricostruzione della causa come “mista”; e con una conseguente attenuazione della “deviazione quantitativa”, rispecchiata nella riduzione della regolamentazione particolare.

Come già detto, il confronto fra contratto a tempo indeterminato e determinato era perso da tempo, compromesso definitivamente da quella Corte cost. n. 169/1973<sup>648</sup> che aveva esteso agli apprendisti il regime dettato dalla l. n. 604/1966 per il licenziamento individuale; e, certo, non avrebbe senso riproporlo all'indomani di questo art. 1, sciorinando di nuovo tutto il campionario argomentativo elaborato nel corso del tempo.

Se, però, niente potrebbe ormai valere per rovesciare la “parola” del legislatore, darla per scontata non significa non vederne la incoerenza sistematica e la potenzialità involutiva. Per quanto ci si sia spremuto il cervello, rimase un mistero più inspiegabile di quello trinitario che un apprendistato tipizzato da una causa mista esauribile entro una durata massima, potesse fin dalla sua nascita essere considerato a tempo indeterminato, come se questa sua causa fosse destinata a perpetuarsi *sine die*. E se qualcuno fu in grado di farlo, lo fece salvando il carattere di contratto a tempo indeterminato *ab initio* tramite un mutamento in corsa del sinallagma originario: poteva

<sup>647</sup> Critico C. ROMEO, *L'apprendistato di alta formazione e di ricerca*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2012, n. 4, pag. 242.

<sup>648</sup> Corte cost. 28 novembre 1973, n. 169, cit.

si ricostruire quel carattere come sottoposto alla condizione risolutiva potestativa di un conseguimento della qualifica non seguito dalla disdetta datoriale; ma solo dando per scontato implicitamente che la continuazione del rapporto avrebbe richiesto una trasformazione della causa, questa avrebbe dovuto passare da mista (prestazione contro formazione più retribuzione) a pura (prestazione contro retribuzione).

C'era e c'è una incompatibilità fra contratto di lavoro a tempo indeterminato e specialità, cosa di cui l'estensore del T.U. esibisce piena consapevolezza al momento stesso di consacrare legislativamente quel che pur era un indirizzo ermeneutico dominante, perché, come visto, si fa carico di eliminare la causa mista; e si preoccupa coerentemente di togliere ogni base letterale a quella c.d. conversione a tempo indeterminato, che di per sé sola suonava a favore di una discontinuità. Se l'art. 19, co. 1, l. n. 25/1955 prevedeva che "Qualora al termine dell'apprendistato non sia data disdetta ... l'apprendista è mantenuto in servizio...", l'art. 2, co. 1, lett. m) T.U. recita "Se nessuna delle parti esercita la facoltà di recesso al termine del periodo di formazione, il rapporto prosegue come ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato", dove a rilevare è il cambiamento del vocabolario: da "apprendistato" a "periodo di formazione", da "disdetta" a "facoltà di recesso", da "mantenuto in servizio" a "il rapporto prosegue". Ma, addirittura, l'art. 4, co. 2, T.U., sembra accreditare l'"irrelevanza" dell'esistenza di una "facoltà di recesso al termine del periodo di formazione" rispetto ad una ricostruzione dell'apprendistato come contratto a tempo indeterminato; laddove parla di una "durata anche minima del contratto che, per la sua componente formativa, non può comunque essere superiore a tre anni...": l'apprendistato, come contratto a tempo indeterminato, non è delimitabile; può esserlo solo "nella sua componente formativa".

Se ne ricava l'impressione di una metamorfosi dell'apprendistato, da "contratto tipizzato" a "patto" inerente ad un contratto a tempo indeterminato, con ad oggetto un "periodo di formazione" finalizzato al proseguimento del rapporto presso lo stesso datore, comparabile alla lontana con quell'obbligo formativo altrove fatto scaturire dallo stesso contratto di lavoro subordinato. Un'impressione, questa, che parrebbe trovare una prima conferma nella prosecuzione di quella tendenza ad uniformare la disciplina dell'apprendistato a quella comune del lavoro subordinato, spintasi fino al punto di metterne in discussione la norma "speciale" base, la possibilità di una non "conversione" priva di motivazione alcuna: contestata, ieri, come "disdetta", da una parte minoritaria della dottrina e della giurisprudenza, che davano per scontata la prevalenza della legislazione sul licenziamento individuale<sup>649</sup>; disincentivata, oggi, come "recesso" dall'art. 2, co. 1, lett. i), T.U., che dà via libera *ex lege* a quella clausola collettiva già consolidatasi per l'apprendistato professionalizzante, per cui era precluso ogni suo ulteriore utilizzo a chi non avesse proceduto precedentemente all'"assunzione" a tempo indeterminato di una certa percentuale degli apprendisti già in servizio. Non solo, perché una seconda più significativa conferma potrebbe ben essere tratta dalla assoluta preferenza che il T.U. dà alla formazione aziendale, acquisita prevalentemente se non esclusivamente sul lavoro, lasciandola intuire per l'apprendistato per la quali-

<sup>649</sup> Fra le decisioni in tal senso v. Pret. Vercelli 23 giugno 1981, in *Giur. It.*, 1983, I, n. 2, pag. 152 con nota favorevole di P. LAMBERTUCCI, *Rapporto di apprendistato, disciplina limitativa dei licenziamenti individuali e recesso «ad nutum» del datore di lavoro al termine del rapporto di apprendistato*; da ultimo in dottrina A. PICCININI, G. CENTAMORE, *Apprendistato: l'illegittimità del recesso ad nutum, per contrasto con l'art. 30 della Carta di Nizza*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2011, I, pag. 683.

fica, ma affermandola a piena voce per l'apprendistato professionalizzante; una formazione, questa, che, di per se stessa, appare confezionata a misura della singola impresa, difficilmente esportabile altrove, sì da dover contare prevalentemente sulla continuazione del rapporto.

D'altra parte il carattere di contratto a tempo indeterminato per quanto forzato sull'apprendistato fino a metterlo a rischio come rapporto tipico, può sì travestire il fenomeno reale, ma fino ad un certo limite. Tant'è che il legislatore, confrontatosi col caso di "datori che svolgono la propria attività in cicli stagionali", si è trovato costretto a concedere che fosse la contrattazione collettiva a regolarvi l'apprendistato professionalizzante, prevedendolo anche a tempo determinato (art. 4, co. 5).

#### 14. Segue. La disciplina generale del contratto

Una volta definito l'apprendistato al co. 1 dell'art. 1, il co. 2 della stessa disposizione riprende la triplice tipologia tenuta a battesimo dagli artt. 48, 49 e 50, d.lgs. n. 276/2003, ma cambiano loro i nomi, sì da renderli espressivi di ruoli sia pur solo parzialmente modificati dal T.U.: l'"apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione" (art. 48) diventa l'"*apprendistato per la qualifica e per il diploma professionale*"; l'"apprendistato professionalizzante" (art. 49) diventa l'"*apprendistato professionalizzante o contratto di mestiere*"; l'"apprendistato per l'acquisizione di un diploma o per percorsi di alta formazione" (art. 50) diventa l'"*apprendistato di alta formazione e di ricerca*".

a) *Disciplina generale*. E questo è tutto quello che lo Stato ritiene di poter dire in prima persona circa il contratto, perché, poi, all'art. 2, co. 1, passa la parola alla contrattazione collettiva, chiamata a farsi carico della "disciplina generale". Rinviando ad un paragrafo successivo per il quadro complessivo del nuovo riparto fra Regioni ed oo.ss., che, come detto, costituisce il tratto innovativo più significativo ed importante del T.U., c'è da osservare come la legge ponga dei principi, che, a dire il vero, costituiscono punti fermi ereditati dal consolidato legislativo o giurisprudenziale, lasciandoli tali e quali o aggiornandoli o introducendoli *ex novo*. Limitandosi ad uno sguardo a volo di uccello, riesce naturale notare per primo quanto attiene al contratto/rapporto, se pur come effetto riflesso del suo profilo formativo, che qui si riassume con l'utilizzo delle stesse lettere dell'alfabeto di cui alla legge: a) *Forma scritta del contratto, del patto di prova e del relativo piano formativo individuale* definibile anche secondo moduli predisposti "dalla contrattazione collettiva o dagli enti bilaterali" e presentabile entro trenta giorni dalla stipulazione del contratto, lasciando aperta una duplice questione, cioè la natura della forma, con la prima dottrina favorevole ad escluderne la qualificazione *ad substantiam* a pro di quella *ad probationem* o *ad regularitatem*<sup>650</sup> e, rispettivamente, la situazione esistente nell'eventuale intermezzo fra stipulazione del contratto e presentazione del progetto; b) *Divieto di retribuzione a cottimo*, che introdotto già dall'art. 2131 c.c., era stato esteso dall'art. 11, lett. f) l. n. 25/1955 alle lavorazioni retribuite ad incentivo, poi dimenticate nel d.lgs. n. 276/2003 e, ora, nel T.U.; c) *Scelta del sistema di determinazione della retribuzione dell'apprendista vis-à-vis* di quella spettante al prestatore incaricato di un lavoro che richieda la stessa qualifica conseguibile al termine dell'apprendistato, con un cambio significativo rispetto a quanto prima deducibile dall'art. 53, co. 1 e 1-bis (aggiunto dall'art. 2, co. 155, l. n. 191/2009) perché non può più essere cumulativa, ma deve essere alternativa fra

<sup>650</sup> D. GAROFALO, *Del tirocinio (o apprendistato)*, cit., § 8.1; M. D'ONGHIA, *Il Testo Unico sull'apprendistato*, cit.

sotto-inquadramento e calcolo percentuale; h) *Prolungamento del periodo di apprendistato in caso di malattia, infortunio o altra causa di sospensione involontaria del rapporto superiore a trenta giorni*, escludendosi il rilievo di un tempo inferiore<sup>651</sup>, con recepimento dell'indirizzo giurisprudenziale e ministeriale esistente<sup>652</sup>, di per sé espressivo del *trend* di un allineamento del regime dell'apprendistato a quello comune del lavoro subordinato, confermato anche dall'intervento di cui al c.d. "pacchetto anti-crisi 2008-2010", poi prorogato, in favore degli apprendisti, riconosciuti destinatari di tutti gli ammortizzatori in deroga<sup>653</sup>; i) *Conferma in servizio al termine del percorso formativo come condizione per poter procedere ad ulteriori assunzioni*, secondo quanto già previsto dalla legge, prima per il cfl, poi per il contratto di inserimento, nonché già introdotto dalla contrattazione collettiva per l'apprendistato; l) *Divieto di recedere dal contratto durante il periodo di formazione se non per giusta causa o giustificato motivo*, secondo quanto sostenuto da Corte cost. n. 169/1973 e, poi, posto a base della ricostruzione dell'apprendistato come contratto a tempo indeterminato, con un problema lasciato all'interprete, ché, preso alla lettera, il divieto sembra essere esteso dal datore allo stesso apprendista<sup>654</sup>; m) *Diritto di recedere dal contratto a' sensi dell'art. 2118 c.c.*, cioè *ad nutum*, con decorrenza del preavviso dal termine del periodo di formazione, fermo restando che, se non esercitato, "il rapporto prosegue come ordinario rapporto di lavoro", secondo quanto già previsto dall'art. 19, l. n. 25/1955 e dagli artt. 48, co. 3, lett. c) e 49, co. 4, lett. c), d.lgs. n. 276/2003, con, ad esplicita eccezione, il caso del lavoratore in mobilità assunto come apprendista di cui al successivo art. 7, co. 4, dello stesso T.U., per il quale vale il regime comune in tema di licenziamento individuale.

Passando, ora, a quanto concerne direttamente il profilo formativo, i principi riguardano: d) *Presenza di un tutore o referente aziendale*, dove l'accoppiamento al primo del secondo, dal significato e dal rilievo più debole, pare confermare la maggior libertà lasciata in materia di formazione aziendale; e) *Finanziamento dei percorsi formativi aziendali degli apprendisti per il tramite dei fondi paritetici interprofessionali*, che, a quanto visto, comportando un alleggerimento finanziario delle Regioni, contribuisce a spiegarne il semaforo verde dato ad un riparto di ruoli tutto a favore della contrattazione collettiva; f) *Riconoscimento della qualifica professionale ai fini contrattuali e delle competenze acquisite ai fini del proseguimento degli studi, nonché dei percorsi di istruzione degli adulti*, così come effettuabile sulla base dei risultati conseguiti all'interno del percorso di formazione, esterna ed interna alla impresa, dove rileva la distinzione tracciata fra "qualifica professionale" e "competenze acquisite", a conferma della duplice finalità dell'apprendistato, presentata come pari-ordinata, ma declinata con l'anima professionale perdente rispetto a quella

<sup>651</sup> La soluzione era già stata prospettata da L. ANGIELLO, *La formazione*, in L. GALANTINO (a cura di), *Il lavoro temporaneo e i nuovi strumenti di promozione dell'occupazione*, Milano, 1997, pag. 365 e segg., spec. pag. 420. Adesivamente, C. ALESSI, *Termine e contratti formativi*, cit., pag. 57 e segg., spec. pag. 68, secondo cui nei contratti formativi la fissazione del termine è correlata all'interesse del lavoratore alla formazione, ritenendosi ammissibile la proroga quando, per cause indipendenti dalla volontà delle parti, la formazione non abbia potuto svolgersi in conformità al programma prestabilito.

<sup>652</sup> Cass. 12 maggio 2000, n. 6134 e Trib. Forlì 22 giugno 2000, entrambe in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, pag. 1301 e segg., con nota di A. RONDO, *Apprendistato: sospensione del rapporto e termine di scadenza*; nonché Cass. 19 dicembre 2000, n. 15915, *ivi*, 2001, pag. 380 e più di recente Cass. 28 settembre 2010, n. 20357, in *Dir. Relaz. Ind.*, 2011, n. 1, pag. 121, con nota di G. RICCIO, *Contratto di apprendistato: tra principio di effettività ed obblighi di buona fede* in *executivis*.

<sup>653</sup> In particolare, sull'art. 19 co. 8 della l. 29 novembre 2008, n. 185, che ha già esteso l'accesso agli ammortizzatori in deroga a tutti i lavoratori subordinati, compresi gli apprendisti e i somministrati, v. G. PALMERINI, *Apprendistato e ammortizzatori sociali*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, Milano, 2011, pag. 212 e segg., spec. pag. 216.

<sup>654</sup> Sulle molteplici questioni cfr., che riguardano le dimissioni dell'apprendista ed il periodo di decorrenza del preavviso, v. ancora D. GAROFALO, *Del tirocinio (o apprendistato)*, cit.

occupazionale; g) *Registrazione della formazione effettuata e della qualifica professionale a fini contrattuali nel libretto formativo del cittadino.*

b) *Contingentamento.* L'art. 2 prosegue coi co. 2 e 3, quest'ultimo dedicato al c.d. contingentamento del numero degli apprendisti che un datore non artigiano – per l'artigianato vale l'art. 4, l. 8 agosto 1985, n. 443 – poteva assumere, rimasto quello già previsto dall'art. 2, co. 3, l. n. 25/1955, del 100% “delle maestranze specializzate e qualificate in servizio presso l'azienda stessa”, con l'eccezione prevista dall'art. 21, co. 1, l. n. 56/1987, per cui se quel datore non ha o ha in numero inferiore a tre maestranze specializzate e qualificate, può occupare fino a tre apprendisti. Non manca, però, un elemento di novità, che conferma ulteriormente la prevalenza della finalità occupazionale rispetto a quella formativa, cioè la possibilità che il datore assuma non solo “direttamente”, ma anche “indirettamente” tramite quella somministrazione a tempo indeterminato di cui all'art. 20, co. 3, d.lgs. n. 276/2003: linguaggio improprio, ma tale da far trapelare quale sia qui il giudizio del legislatore sulla somministrazione, né più né meno di una “intercapedine artificiosa”, tant'è che nel numero contingentato di apprendisti erano ricompresi anche quelli somministrati.

c) *Sistema previdenziale e assistenziale.* A sua volta l'art. 2, co. 2 ci offre un quadro del sistema previdenziale ed assistenziale degli apprendisti, meramente ricognitivo di quanto già in vigore prima del T.U.: assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali; assicurazione contro le malattie; assicurazione contro l'invalidità e la vecchiaia; maternità; assegni familiari. La mancanza dell'assicurazione contro la disoccupazione involontaria si spiega con la perdurante convinzione che il contratto di apprendistato per la sua stessa rilevanza formativa non risentisse di eventi causativi di interruzioni integrabili o di riduzioni di personale, tant'è che per lungo tempo si è ritenuto che l'apprendista non potesse né essere sospeso né licenziato per giustificato motivo obbiettivo. Una volta che giurisprudenza e prassi amministrativa hanno cominciato ad ammettere che questo era del tutto ammissibile, prima la contrattazione collettiva, poi la stessa legge sono intervenute per assicurare forme di supporto del reddito sostitutive di quelle garantite agli altri lavoratori dagli ammortizzatori sociali.

d) *Sistema sanzionatorio.* Il sistema sanzionatorio è articolato sulle due tipologie previste ai co. 1 e 2 dell'art. 7<sup>655</sup>. Invertendone l'ordine, per dar loro una sequenza logica, vien da menzionare per prima quella di cui al co. 2, che ricollega ad “ogni violazione delle disposizioni contrattuali collettive attuative dei principi di cui all'articolo 2, comma 1, lettere a), b), c), d) (forma scritta, divieto di retribuzione a cottimo, sotto-inquadramento o calcolo percentuale, presenza di un tutore o di un referente) “una sanzione amministrativa pecuniaria (da 100 a 600 euro), destinata a salire in caso di recidiva (da 300 a 1500 euro), affidandone la contestazione agli organi di vigilanza legittimati ad effettuare accertamenti in materia di lavoro e previdenza a' sensi dell'art. 13, d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124. Trattasi di una disposizione che riecheggia l'art. 23, l. n. 25/1955, se pur con la sostituzione di una sanzione amministrativa pecuniaria all'ammenda allora prevista, ma che rivela la stessa criticità di quella norma, per essere riferita ad una contrattazione collettiva rimasta a tutt'oggi di diritto comune: se è vero che a monte ci sono i principi posti dall'art. 2, co. 1, è pur vero che a rilevare sono le clausole collettive a valle, con la loro forza esclusivamente contrattuale e con la loro traduzione discrezionale dei detti principi legislativi.

<sup>655</sup> D. PAPA, *Sanzioni*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit., pag. 473 e segg.

La seconda tipologia, di cui al co. 1, ricalca quella già vista dell'art. 53, co. 3, pen. e ult. periodo d.lgs. n. 276/2003 (come sostituito dall'art. 11, d.lgs. n. 251/2004), col colpire l'“inadempimento nella erogazione della formazione” - che sia tale da impedire il raggiungimento dello scopo proprio di ciascuno dei tipi di apprendistato e da essere addebitabile *in toto* al datore di lavoro<sup>656</sup> - tramite la corresponsione della differenza tra contribuzione versata e dovuta per il livello di inquadramento superiore destinato ad essere raggiunto al termine del periodo di apprendistato, maggiorata del 100%, senza alcuna ulteriore sanzione per omessa contribuzione. Ma aggiunge qualcosa, cioè la previsione che se, a seguito di un controllo sul contratto di apprendistato in corso di esecuzione, emerga un inadempimento nello svolgimento del piano formativo individuale, il personale ispettivo del Ministero del lavoro adotta un provvedimento di disposizione ai sensi dell'art. 14 d.lgs. n. 124/2004, dando un congruo termine per adempiere<sup>657</sup>, così ricollegandosi a quella previa diffida già introdotta dall'art. 8, co. 8, l. n. 407/1990, ma poi persa per la strada.

e) *Sistema incentivante*. Passando dal profilo “repressivo” a quello “promozionale”, il T.U. offre poco di nuovo. Il co. 3 dell'art. 7 riproduce il co. 2 dell'art. 53 d. lgs. n. 276/2003, con riguardo al non computo degli apprendisti nei “limiti numerici previsti da leggi e contratti collettivi per l'applicazione di particolari normative e istituti”, sempreché specifiche previsioni di legge o di contratto collettivo non dispongano il contrario. E il co. 9 dello stesso art. 7, riprende sì il co. 3 dell'art. 53, con rispetto al mantenimento “degli attuali sistemi di incentivazione economica dell'apprendistato”, ma togliendovi ed aggiungendovi qualcosa: da un lato, non pretende più di condizionare l'erogazione dei benefici contributivi ad una effettiva verifica della formazione svolta secondo le modalità definite da un decreto ministeriale, con una pretesa totalizzante tanto pretenziosa quanto impraticabile; dall'altro, contiene il classico “stimolo” al mantenimento in servizio dopo il termine dell'apprendistato costituito dal prolungamento di quei benefici per l'intero anno successivo, di cui a quell'art. 21, l. n. 56/1987, condannato a condividere il comune destino abrogativo riservato dal T.U. al lascito legislativo del passato.

f) *Regime transitorio*. Il legislatore del 2003 era stato tanto prudente da prevedere un regime transitorio *soft*, per cui il vecchio regolamento dell'apprendistato rimaneva fermo fino al varo del nuovo prefigurato nel decreto (art. 47, co. 3), col rischio di causare un rinvio *sine die*: ciò che, in seguito, si è effettivamente verificato. Il legislatore del 2011, invece, è tanto intrepido dal confezionarne uno *hard*, per cui il vecchio regolamento era destinato a venir meno nel momento stesso nel quale scadeva il termine ultimativo previsto per il battesimo del nuovo (art. 7, co. 6 e 7), col rischio tutt'affatto opposto di creare un vuoto; ciò che, come si vedrà in seguito, è stato parzialmente e temporaneamente evitato da una contrattazione collettiva intervenuta in “zona Cesarini”.

Secondo il classico modo di rendere digeribile un intervento innovativo, il co. 6 esclude i contratti di apprendistato già in essere dal cambio di regime destinato a scattare all'entrata in vigore del

<sup>656</sup> L'«esclusiva responsabilità del datore di lavoro» va verificata, tenendo conto del coinvolgimento dell'amministrazione pubblica nell'assolvimento degli obblighi formativi, sicché, in mancanza di canali di formazione pubblica, andrà esclusa la responsabilità del datore di lavoro: cfr. Circ. Min. n. 29/2011. Cfr., nel vigore del regime precedente, M. MONDELLI, *Apprendistato: inadempimento degli obblighi formativi*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2007, n. 12, pag. 777 ove anche una ricostruzione delle posizioni giurisprudenziali in proposito.

<sup>657</sup> Il personale ispettivo della DPL, che accerta l'inadempimento, ha l'obbligo di impartire una disposizione ai sensi dell'art. 14, d.lgs. n. 124/2004, assegnando un congruo termine per adempiere. Ovviamente la disposizione potrà essere impartita quando l'obbligo formativo non adempiuto possa ancora esserlo.

T.U. avvenuta il 25 ottobre 2011, con contestuale abrogazione della l. n. 25/1955, degli artt. 21 e 22 l. n. 56/1987, dell'art. 16 della l. n. 196/1997, degli artt. 47-53 d.lgs. n. 276/2003. Una abrogazione tecnicamente impropria, questa, perché la normativa in questione era destinata a sopravvivere non solo per i contratti già in essere, ma a' sensi del successivo co. 7 anche per i contratti conclusi successivamente, se ed in quanto, a quel 25 ottobre 2011 e per tutto il semestre seguente, la disciplina "sostitutiva" rimessa dal T.U. alle Regioni e/o alle oo.ss. comparativamente più rappresentative latitasse. Sicché trattasi più propriamente di una inapplicabilità della normativa in questione ai contratti conclusi dopo l'entrata in vigore della disciplina "sostitutiva", regionale e/o collettiva; e, comunque, dopo la scadenza del semestre fatidico, cioè dal giorno successivo al 25 aprile. Peraltro il legislatore, convinto che sia la Regione la ritardataria cronica, chiude con quell'art. 7 co. 3 già ricordato sopra, per cui "in assenza dell'offerta formativa pubblica di cui all'articolo 4, comma 3, trovano immediata applicazione le regolazioni contrattuali vigenti": insomma l'apprendistato per eccellenza, cioè quello professionalizzante o contratto di mestiere non resterà bloccato; e se dovrà fare a meno della formazione teorica che la Regione non sarà in grado di assicurare, si accontenterà della formazione pratica così come regolata dalla contrattazione collettiva.

### 15. Segue. La triplice tipologia

Per quanto riguarda la triplice tipologia di apprendistato i "nomi" cambiano per corrispondere ai nuovi ambiti e ruoli, chiaramente finalizzati a creare una rete in grado di "catturare al massimo" la inoccupazione/disoccupazione giovanile, fra i 15 ed i 29 anni, "sganciando" l'ex apprendistato qualificante dall'assolvimento dell'obbligo di istruzione e l'ex apprendistato professionalizzante dallo stesso sistema di istruzione e formazione professionale.

a) Se l' "apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione" previsto dall'art. 48, d.lgs. n. 276/2003" diventa l' "*apprendistato per la qualifica e per il diploma professionale*", di cui all'art. 3 T.U., aperto ai giovani fra i 15 e non più i 18 ma i 25 anni, ciò è dovuto al fatto di essere ora spendibile, oltre che per l'espletamento di tale diritto-dovere tramite l'ottenimento della qualifica (con la stessa durata massima di tre anni prevista precedentemente), anche per il conseguimento di un diploma (con la durata massima di quattro anni nel caso di diploma regionale quadriennale) (co. 1). Come si vedrà, qui le Regioni conservano la loro precedente competenza circa la regolamentazione dei profili formativi, da realizzare secondo tre criteri e principi direttivi, che riecheggiano quelli di cui all'art. 48, co. 4, d. lgs. n. 276/2003: i primi due chiamano in causa il d.lgs. n. 226/2005, per la "definizione della qualifica o diploma professionale" e, rispettivamente, per la "previsione di un monte ore di formazione, esterna od interna all'azienda, congruo al conseguimento della qualifica o del diploma professionale"; il terzo rinvia alla contrattazione collettiva per la determinazione delle modalità di erogazione della formazione aziendale (co. 2).

b) E, così, se l' "apprendistato professionalizzante" previsto dall'art. 49 d.lgs. n. 276/2003, diventa l' "*apprendistato professionalizzante o contratto di mestiere*" di cui all'art. 4 T.U., aperto, come prima, ai soggetti tra i 18 e i 29 anni, con l'abbassamento del termine iniziale a 17 anni per i possessori di una qualifica professionale conseguita ai sensi del d.lgs. n. 226/2005; questo è riconducibile al fatto di risultare ora direttamente e chiaramente finalizzato al "conseguimento di una qualifica professionale a fini contrattuali", nobilitata attraverso la riesumazione della parola "mestiere" (co. 1), che ritorna ulteriormente esaltata nella possibilità di un riconoscimento "della

qualifica di maestro artigiano o di mestiere” secondo le modalità decise dalle Regioni e dalle associazioni di categoria dei datori (co. 4).

C'è una prima novità che ci è offerta dalla disciplina di cui all'art. 4, cioè l'assoluta prevalenza accordata alla formazione aziendale, acquisita di massima *on the job*, con la precisa consapevolezza della sua “economicità”, perché a carico della stessa impresa; nonché della sua potenziale “redditività”, perché funzionale a quella continuità del rapporto che rappresenta, per l'apprendista giunto alla fine del suo percorso, se non l'unica, certo la più seria possibilità di un'occupazione stabile. Come visto a suo tempo, l'apprendistato professionalizzante di cui all'art. 49, d.lgs. n. 276/2003 era finalizzato al “conseguimento di una qualificazione attraverso una formazione sul lavoro e la acquisizione di competenze di base, trasversali e tecnico- professionali” cioè una formazione pratica ed una teorica (co. 1), la cui regolamentazione era affidata alle Regioni: per la formazione pratica era contemplato un rinvio alla contrattazione collettiva “per la determinazione ... delle modalità di erogazione e della articolazione della formazione, esterna e interna alle singole aziende” (co. 5, lett. b); e, rispettivamente, per la formazione teorica era previsto “un monte ore di formazione formale, interna o esterna all'azienda, di almeno centoventi ore per anno, per la acquisizione di competenze di base e tecnico professionali (co. 5, lett. a).

Di contro invece, come appena ricordato, l'apprendistato professionalizzante o contratto di mestiere di cui all'art. 4 T.U. è finalizzato “al conseguimento di una qualifica professionale” (co. 1), di cui in seguito si precisa la formazione necessaria per acquisirla, peraltro qui con una divisione fra le parti competenti a regolarla, a seconda che sia pratica o teorica. La regolamentazione della formazione pratica è rimessa alla contrattazione collettiva, che deve individuare “in ragione dell'età dell'apprendista e del tipo di qualificazione contrattuale da conseguire, la durata e le modalità di erogazione della formazione per l'acquisizione delle competenze tecnico-professionali e specialistiche in funzione dei profili professionali stabiliti nei sistemi di classificazione e inquadramento del personale” (co. 2); mentre la disciplina della formazione teorica, da affiancare a quella pratica svolta “sotto la responsabilità dell'azienda”, è mantenuta a capo delle Regioni, che devono definire, “sentite le parti sociali e tenuto conto dell'età, del titolo di studio e delle competenze dell'apprendista”, l'“offerta formativa pubblica, interna o esterna all'azienda, finalizzata alla acquisizione di competenze di base e trasversali”, peraltro “nei limiti delle risorse annualmente disponibili” e “per un monte complessivo non superiore a centoventi ore per la durata del triennio” (co. 3).

Ora è possibile rendersi conto *ictu oculi* della differenza fra il T.U. e il decreto del 2003. Anzitutto con riguardo alla finalità formativa, perché sembrerebbe che per l'art. 4 T.U., letto tenendo presenti i co. 2 e 4, si dia per presupposta una tendenziale coincidenza fra “tipo di qualificazione” di cui tratta l'art. 49, co. 3, d.lgs. n. 276/2003 e “mestiere” di cui parla l'art. 18, co. 1, l. n. 25/1955, cioè fra sistema classificatorio collettivo e mercato. Ma se questa è solo una impressione suscitata da una certa lettura dell'art. 4, non lo è la differenza con riguardo all'attività formativa, che risulta, com'era da attendersi, rafforzata nella sua componente pratica, perché, una volta rimessa alla contrattazione collettiva la determinazione delle modalità di erogazione della formazione in relazione al tipo di qualificazione contrattuale da conseguire, l'art. 4, co. 2 puntualizza che tale formazione è “per l'acquisizione delle competenze tecnico-professionali e specialistiche” richieste dai profili professionali contrattuali; mentre l'art. 49, co. 5, lett. b) non precisa nulla.

Tutto al contrario, l'attività formativa risulta indebolita nella sua componente teorica, non perché l'art. 4, co. 3 riconosca *apertis verbis* quel che era prima pudicamente taciuto, che, cioè, l'offerta

formativa pubblica destinata a farvi fronte resta condizionata alle disponibilità finanziarie; e neppure, perché la ritenga “finalizzata alla acquisizione di competenze di base e trasversali”, mentre l’art. 49, co. 5, lett. a), secondo un’espressione apparentemente più forte, la considerava funzionale alla “acquisizione di competenze di base e tecnico-professionali”. Non per questo, ma per due ragioni assai più corpose e pesanti: data, la prima, da quanto previsto dall’art. 7, co. 7, che, pur scritto per il regime transitorio, può ben valere anche per quello definitivo, per cui l’ “assenza della offerta formativa pubblica di cui all’art. 4, co. 3” non condiziona l’applicazione della disciplina collettiva, sì da poter procedere prescindendo dalla formazione teorica e contando solo su quella pratica; costituita, la seconda, dallo stesso art. 4, co. 3 che a proposito della formazione teorica la restringe ad un monte *massimo* di 120 ore nel triennio, rispetto all’art. 49, co. 5, lett. a) che le riconosceva un monte *minimo* di 120 ore annuali.

Proprio questo riferimento al triennio ci introduce alla seconda novità restituitaci dalla regolamentazione di questo tipo di apprendistato, cioè la possibilità per la contrattazione collettiva di tener distinta la durata della formazione dalla durata del contratto: la prima è stabilita, insieme alle modalità di erogazione della formazione, “in ragione dell’età dell’apprendista e del tipo di qualificazione contrattuale da conseguire” in una misura che potrebbe risultare minore di quella determinata per la seconda, con libertà per l’eventuale minima ma non per la massima, costretta a rimanere al di sotto dei tre anni o dei cinque “per le figure professionali dell’artigianato individuate dalla contrattazione collettiva di riferimento”, con una sostanziosa riduzione della durata massima dai precedenti sei a tre anni.

c) Diversamente il cambio da “apprendistato per l’acquisizione di un diploma o per percorsi di alta formazione previsto dall’art. 50, d.lgs. n. 276/2003 a “*apprendistato di alta formazione e di ricerca*” di cui all’art. 5 T.U.<sup>658</sup> non dice niente circa il mutamento nel contenuto che ci viene riproposto notevolmente ampliato. Stando al co. 1 di questo art. 5 è possibile individuare almeno tre sottotipi<sup>659</sup>, fruibili da soggetti fra i 18 e 29 anni, con possibile anticipazione ai 17 anni per il possessore di una qualifica professionale a’ sensi del d.lgs. n. 226/2005: il primo relativo al conseguimento di un diploma di istruzione secondaria superiore o di titoli di studio universitari e dell’alta formazione, compresi i dottorati di ricerca o per la specialità tecnica superiore di cui all’art. 69, l. 17 maggio 1999, n. 144, con particolare riferimento ai diplomi relativi ai percorsi di specializzazione tecnologica degli istituti tecnici superiori previsti dall’art. 7 del D.P.C.M. 25 gennaio 2008; il secondo, allo svolgimento di un’attività di ricerca, senza che rivesta rilevanza l’eventuale finalizzazione ad un titolo; il terzo, al praticantato per l’accesso alle professioni ordinistiche o per esperienze professionali.

Ora qui ritorna potenziato quell’intento universalistico già sotteso al d.lgs. n. 276/2003, per cui un apprendistato multiforme dovrebbe puntare a coprire quanto più spazio possibile dell’ingresso sul mercato del lavoro di soggetti fra i 15 e i 29 anni, secondo un amplissimo spettro formativo; solo che questo quanto più viene dilatato, tanto più riesce artificioso, essendo stato tale contratto tipizzato e regolato a misura quello poi declassato a uno dei tre previsti dal d.lgs. n.

<sup>658</sup> V. M. TIRABOSCHI, *Apprendistato di alta formazione e ricerca*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico dell’apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit., pag. 367; M. D’ONGHIA, *Il Testo Unico sull’apprendistato*, cit.; D. GAROFALO, *Del tirocinio (o apprendistato)*, cit.; D. MEZZACAPO, *L’apprendistato*, cit.

<sup>659</sup> V. i contributi di E. CARMINATI, M. T. CORTESE, R. DI TOMA, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico dell’apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit., pag. 376 e segg.

276/2003, cioè quello professionalizzante (o contratto di mestiere): ne è buon testimone l'ultimo parto costituito dall'apprendistato avente ad oggetto il praticantato per l'accesso alle professioni ordinarie, che dovrebbe dar per scontato quanto non potrebbe esservi, cioè un rapporto di lavoro subordinato. Appare evidente che tale ampliamento dell'ambito dell'apprendistato fino a farne lo strumento elettivo di accesso al mercato, risponde ad un giudizio confortato dai fatti, esser, cioè, l'acquisto di un bagaglio professionale fattore determinante per il proprio futuro lavorativo. Ma questo suo utilizzo a tutto campo tradisce anche, se non soprattutto, uno scopo occupazionale immediato, quello di contribuire a contenere il precariato, con un contratto reso appetibile coll'incentivarlo e col configurarlo come contratto a tempo indeterminato del tutto peculiare, risolubile *ad nutum* al termine del periodo formativo.

Quanto alla "regolamentazione e alla durata" l'art. 5, co. 2 e 3 del T.U. riprendono quasi alla lettera l'art. 50, co. 3 d.lgs. n. 276/2003 (come modificato dall'art. 23, co. 4, l. n. 133/2008), rimettendola alle Regioni "per i soli profili che attengono alla formazione", tenute a definirle secondo una procedura partecipata; ed in assenza, ad apposite convenzioni fra singoli datori o loro associazioni ed Università ed istituzioni similari.

d) Quello che viene previsto *ex novo* dall'art. 7, co. 4 è "l'apprendistato per i lavoratori in mobilità"<sup>660</sup> finalizzato alla "loro qualificazione o riqualificazione professionale", senza precisare né l'età, né la situazione di mobilità; ma, secondo un'opinione qui condivisa, una soluzione coerente con la *ratio* della disposizione sarebbe di ritenere irrilevante l'età e di ritenere rilevante la situazione di mobilità data dall'iscrizione alle liste e dalla percezione delle relative indennità, argomentando dall'esplicito richiamo dell'incentivo di cui all'art. 8, co. 4, l. n. 223/1991. Qui viene raggiunto il punto più spinto di un apprendistato costruito come normale contratto a tempo indeterminato, con l'intento formativo ridotto a puro alibi per il trattamento di favore che lo accompagna, tant'è che viene esplicitamente esclusa la facoltà di recesso esercitabile al termine del periodo di formazione a' sensi dell'art. 2, co. 1, lett. i), dovendosi dare integrale applicazione alla disciplina prevista per i licenziamenti individuali in un contratto a tempo indeterminato.

e) In controtendenza rispetto all'evoluzione legislativa più recente che tende a riaprire la differenza fra disciplina legislativa del lavoro privato e del lavoro pubblico privatizzato, l'art. 7, co. 8 prevede l'estensione di quella di cui ai precedenti artt. 4 e 5, con un D.P.R., assunto, "sentite le parti sociali e la Conferenza unificata", entro dodici mesi dall'entrata in vigore del T.U. Si presume che dovrebbe andare a sostituire il cfl, ma tenuto conto del blocco del personale, a danno dello stesso *turnover*, pare difficile immaginarsi un radioso futuro dell'apprendistato nel settore pubblico, fra l'altro mille miglia lontano da quello da cui proviene il suo stesso dna.

f) Se pur non relativo al contratto/rapporto di apprendistato considerato in sé e per sé quanto previsto dall'art. 6, in tema di "standard professionali, standard formativi e certificazione delle competenze" ne costituisce un imprescindibile quadro di riferimento, perché il risultato raggiunto sia valutabile e certificabile, sì da poter essere speso, secondo quanto previsto come obiettivo

<sup>660</sup> S. SPATTINI, *L'apprendistato per la riqualificazione dei lavoratori in mobilità*, in TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit., pag. 485; M. D'ONGHIA, *Il Testo Unico sull'apprendistato*, cit.; D. GAROFALO, *Del tirocinio (o apprendistato)*, cit.; D. MEZZACAPO, *L'apprendistato*, cit.

da conseguire al termine del periodo, nel sistema formativo e/o nell'inquadramento contrattuale<sup>661</sup>. Limitandoci qui ad un rapido sommario dello strumentario predisposto alla bisogna, c'è da menzionare: la definizione degli *standard formativi per la verifica dei percorsi formativi in apprendistato per la qualifica e il diploma professionale e in apprendistato di alta formazione*, per tramite di decreto ministeriale, previa intesa con le Regioni (co. 1); la individuazione degli *standard professionali cui riferirsi ai fini della verifica dei percorsi formativi in apprendistato professionalizzante e in apprendistato di ricerca*, per mezzo dei contratti nazionali di categoria o, in mancanza, di intese specifiche raggiunte a livello nazionale o interconfederale, "anche in corso della vigenza contrattuale" restando a carico del datore la "registrazione nel libretto formativo del cittadino della formazione effettuata e della qualifica professionale a fini contrattuali eventualmente acquisita" (co. 2); la costituzione del *repertorio delle professioni* presso il Ministero del lavoro, "predisposto sulla base dei sistemi di classificazione del personale previsti nei contratti collettivi di lavoro e in coerenza con quanto previsto nelle premesse dalla intesa tra Governo, Regioni e parti sociali del 17 febbraio 2010, da un apposito organismo tecnico Governo/oo.ss. comparativamente più rappresentative sul piano nazionale/rappresentanti della Conferenza Stato-Regioni, al duplice scopo di "armonizzare le diverse qualifiche professionali acquisite secondo le diverse tipologie di apprendistato" e di "consentire una correlazione tra standard formativi e standard professionali" (co. 3); la certificazione delle "*competenze acquisite dall'apprendista*" secondo le modalità definite dalle Regioni e la loro registrazione sul libretto formativo del cittadino sulla base del repertorio delle professioni - ma per la registrazione anche nel rispetto dell'intesa 17 febbraio 2010 - fermo restando che nell'attesa della definizione del repertorio, si farà riferimento agli standard regionali esistenti (co. 4).

Un programma collaudato, così come il modello privilegiato per attuarlo, quale costituito da un coordinamento sistemico fra Governo, Regioni, parti sociali, che rinviene il suo testo di comune riferimento nell'intesa trilaterale del 17 febbraio 2010, per svilupparsi secondo quattro canali: un decreto ministeriale, assunto previa intesa con le Regioni (co. 1), contratti collettivi di categoria (co. 2), un organismo tecnico trilatero (co. 3), normative regionali (co. 4). Niente da dire sul modello, che appare addirittura obbligato, dato il coinvolgimento formale o almeno fattuale di tutti e tre i soggetti, senza, però dimenticare che se lo Stato è uno, ma con più ministeri interessati, le Regioni sono 15 ordinarie e 5 a autonomia speciale, le parti sociali/le oo.ss. comparativamente più rappresentative sono numerose, sicché già ora la predisposizione dei vari pezzi del mosaico si preannuncia complessa e faticosa; ma, poi, in seguito, la successiva messa in opera si rivelerà assai più impegnativa e lunga di qualsiasi previsione.

## 16. Segue. La redistribuzione delle parti fra Regioni e oo.ss.

Nel passaggio dal d.lgs. n. 276/2003 al T.U. del 2011 c'è una accelerazione della politica legislativa di promozione della contrattazione collettiva coltivata negli anni trascorsi fra l'uno e l'altro. Sulla premessa della copresenza di una disciplina del contratto di apprendistato riservata allo Stato e di una regolamentazione della formazione divisa fra competenza esclusiva statale (formazione

<sup>661</sup> In proposito v. L. RUSTICO, M. TIRABOSCHI, *Standard professionali e standard formativi*, sempre in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit., pag. 423 e segg.; v. anche M. D'ONGHIA, *Il Testo Unico sull'apprendistato*, cit.; D. GAROFALO, *Del tirocinio (o apprendistato)*, cit.; D. MEZZACAPO, *L'apprendistato*, cit.

interna) e residuale regionale (formazione esterna), da ricomporre la “leale collaborazione” teorizzata dalla Corte costituzionale, quella politica legislativa di promozione aveva luogo nell’ambito della competenza statale, che, invece di essere gestita in economia, veniva concessa in appalto alla contrattazione collettiva: ma, attenzione, di massima non per la disciplina del contratto di apprendistato, bensì solo per la regolamentazione della formazione.

Tale accelerazione emerge da un confronto fra vecchi e nuovi disposti, che verranno riportati, pur se già precedentemente trascritti, per rendere più facilmente percepibile per il lettore il cambiamento nel sistema delle “fonti”. Il più radicale è contenuto nell’art. 2, co. 1 T.U. che consegna “ad appositi accordi interconfederali ovvero ai contratti collettivi di lavoro stipulati a livello nazionale da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”, quella “disciplina generale”, prima riservata ad una legislazione statale qui esplicitamente abrogata (art. 7, co. 6); anche se lo fa, ponendo una serie ben precisa di paletti *sub specie* di principi da rispettare. Ma, poi, il cambiamento trascorre dall’art. 2, co. 1 agli artt. 3, 4, 5 che riprendono i tre tipi di apprendistato di cui agli artt. 48, 49, 50 d.lgs. n. 276/2003, ribattezzandoli e revisionandoli sul filo di quei correttivi varati negli anni precedenti, che già anticipavano la svolta a favore della contrattazione collettiva.

A dire il vero l’apprendistato per l’espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione, di cui all’art. 48 del decreto del 2003, giunto invariato, subisce solo un ritocco nel trasformarsi in apprendistato per la qualifica e per il diploma professionale. Infatti, l’art. 3, co. 2 T.U. conserva alle Regioni la regolamentazione dei profili formativi, se pur non più “d’intesa” coi Ministri competenti (art. 48, co. 4), ma “previo accordo in Conferenza permanente” (art. 3, co. 2), sì da tener conto della situazione dell’intero Paese in vista di una uniformità di disciplina, sempre “sentite” le oo.ss. comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. E cambia sì *il primo* dei criteri e principi cui deve attenersi tale regolamentazione, ma solo per tener conto dell’ampliamento dell’ambito coperto da questo apprendistato, così se chiedeva, ieri, la definizione della “qualifica professionale ai sensi della legge 28 marzo 2003, n. 53” (art. 48, co. 4, lett. a); chiede, oggi, la determinazione della “qualifica o diploma professionale ai sensi del decreto legislativo 17 ottobre 2005, n. 226” (art. 3, co. 2, lett. a); mentre lascia del tutto invariato il *terzo* criterio, costituito dal rinvio ai contratti collettivi nazionali, territoriali, aziendali stipulati da oo.ss. comparativamente più rappresentative “per la determinazione, anche all’interno degli enti bilaterali, delle modalità di erogazione della formazione aziendale, nel rispetto degli standard generali fissati dalle regioni” (art. 48, co. 4, lett. c, e, rispettivamente, art. 3, co. 2, lett. c).

Ben diverso, invece, il destino dell’apprendistato professionalizzante, di cui a quell’art. 49, d.lgs. n. 276/2003, che, nel suo testo originario, già visto e commentato sopra, riservava sempre alle Regioni la regolamentazione dei profili formativi, d’intesa con le oo.ss. comparativamente più rappresentative sul piano regionale (art. 49, co. 5), prevedendo - al secondo posto dei criteri e i principi direttivi cui doveva attenersi tale regolamentazione - il rinvio ai contratti collettivi nazionali, territoriali, aziendali stipulati dalle oo.ss. comparativamente più rappresentative “per la determinazione, anche all’interno degli enti bilaterali, delle modalità di erogazione e della articolazione della formazione, esterna e interna alle singole aziende, anche in relazione alla capacità formativa interna rispetto a quella offerta dai soggetti esterni” (art. 49, co. 5, lett. b). Mentre attribuiva ai contratti collettivi stipulati da oo.ss. comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o regionale la determinazione della durata del contratto “in ragione del tipo di qualificazione da conseguire” (art. 49, co. 3).

In seguito, come visto, quel testo originario era stato integrato coi co. 5-*bis* e 5-*ter*, con una erosione della riserva riconosciuta inizialmente alle Regioni, “espropriata” a pro della contrattazione collettiva, per la loro dimostrata incapacità a legiferare: in via provvisoria, dal co. 5-*bis*, perché destinata a conservarsi solo fino all’emanazione della normativa regionale; e, in via definitiva ma parziale, dal co. 5-*ter*, perché destinata a perpetuarsi, limitatamente alla “formazione esclusivamente aziendale”, (co. 5-*ter*, poi riscritto da Corte cost. n. 176/2010).

Ora, invece, per l’apprendistato professionalizzante o contratto di mestiere, a’ sensi dell’art. 4, co. 2 gli “accordi interconfederali e i contratti collettivi”, di cui non vengono stabiliti né i livelli né i soggetti, sono deputati a definire “in ragione dell’età dell’apprendista e del tipo di qualificazione contrattuale da conseguire, la durata e le modalità di erogazione” di una “formazione” finalizzata all’“acquisizione delle competenze tecnico-professionali e specialistiche in funzione dei profili professionali stabiliti nei sistemi di classificazione e inquadramento del personale”, nonché “la durata, anche minima, del contratto...”; mentre, a’ sensi del successivo co. 5 “i contratti collettivi”, peraltro qui, *more solito* previsti come stipulati da oo.ss. comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, per “i datori di lavoro che svolgono la propria attività in cicli stagionali... possono prevedere specifiche modalità di svolgimento del contratto di apprendistato, anche a tempo determinato”.

Restano alle Regioni, peraltro “sentite le parti sociali”, la disciplina dell’“offerta formativa pubblica, interna o esterna all’azienda, finalizzata alla acquisizione di competenze di base e trasversali”, ad integrazione della “formazione di tipo professionalizzante e di mestiere, svolta sotto la responsabilità dell’azienda” (art. 4, co. 3); nonché, in alternativa con le associazioni di categoria, la definizione delle “modalità per il riconoscimento della qualifica di maestro artigiano o di mestiere” (art. 4, co. 4).

Quanto, infine, all’apprendistato per l’acquisizione di un diploma o per percorsi di alta formazione di cui all’art. 50, d.lgs. n. 276/2003, nell’ereditarlo come apprendistato di alta formazione e ricerca, l’art. 5, co. 2 conserva alle Regioni, in accordo con le oo.ss. comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, le università e istituzioni rilevanti “la regolamentazione e la durata...per i soli profili che attengono alla formazione...”, peraltro sempre con la clausola di salvaguardia, di cui al successivo co. 3, per la quale, l’eventuale latitanza regionale può essere ovviata tramite convenzioni stipulate da parte datoriale sempre con le Università ed altre istituzioni rilevanti (art. 50, co. 3 e, rispettivamente, art. 5, co. 2).

Una panoramica, questa, che il lettore per caso avrà trovata noiosa e lo studioso specializzato banalmente espositiva; ma nell’economia di questo scritto sembra rispondere alla finalità assegnatele di far toccare con mano la rilevanza della redistribuzione delle parti, che iniziata dalla legislazione correttiva del d.lgs. n. 276/2003, è stata ripresa con ben maggiore ampiezza dal T.U.; fermo restando che le parti regionali coinvolte a tutto campo sono le Regioni a statuto ordinario, mentre quelle a statuto speciale e le Province autonome di Trento e Bolzano sono esplicitamente richiamate solo nell’art. 3, co. 2 (ma le Province anche nell’art. 6, c. 4), per poi vedersi riconosciute “le competenze ... ai sensi dello statuto speciale e delle relative norme di attuazione” (art. 7, co. 11).

Sì è creduto di individuare una qualche ragione dell’apertura alla contrattazione collettiva di cui già alla delega di cui all’art. 1, co. 30 e 33, l. n. 247/2007 nella disponibilità delle oo.ss. a farsi

carico della necessaria regolamentazione al posto di non poche Regioni reticenti, con a loro favore la possibilità di dar vita ad una disciplina nazionale uniforme. Ma, certo, nella cedevolezza mostrata dalle Regioni in sede di gestazione del T.U. ha giocato quel che lo specialista più informato e attento ha francamente e crudamente indicato come “vil denaro”, cioè la possibilità, riconosciuta agli appositi accordi interconfederali ovvero ai contratti collettivi legittimati a dar vita alla disciplina generale dell'apprendistato di cui all'art. 2 T.U., di “finanziare i percorsi formativi aziendali degli apprendisti per il tramite dei fondi paritetici interprofessionali e del fondo per i lavoratori somministrati di cui all'articolo 118 della legge 23 dicembre 2000, n. 388 e all'articolo 12 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 e successive modificazioni anche attraverso accordi con le Regioni” (art. 2, co. 1, lett. e). Il che contribuisce a spiegare ancor più e meglio la disponibilità delle oo.ss., specie di parte lavoratrice, per il ruolo qui esercitabile dall'Ente bilaterale, d'altronde valorizzato anche in sede di regolazione della formazione professionale come possibile sede di determinazione delle modalità di erogazione della formazione aziendale, per l'apprendistato del primo tipo (art. 3, co. 2) e, rispettivamente, delle modalità per il riconoscimento della qualifica di maestro artigiano o di mestiere, per l'apprendistato del secondo tipo (art. 4, co. 4); tanto che il legislatore ritiene bene precisare che per Ente bilaterale a' sensi del T.U. si intende “esclusivamente” quello definito dall'art. 2, co. 1, lett. h), d.lgs. n. 276/2003 (art. 7, co. 5).

É una riforma dalle molte partite: ne apre di nuove, ne riapre di antiche. Si può ben lasciare allo studioso di diritto regionale dirci se la “previa intesa” con la Conferenza permanente sia di per sé idonea a far “prevalere” la ripartizione effettuata dal T.U. su un'eventuale normativa regionale che non la rispetti, pur mantenendosi all'interno della competenza residuale in materia di “istruzione e formazione professionale” riconosciuta dalla Costituzione. Ma il giuslavorista non può esimersi dal dire la sua a proposito di questa riproposizione a tutto campo di una contrattazione collettiva “fonte”, se pur a costo di far la figura di chi non si rassegna a dar per scontato a livello di diritto costituzionale un indirizzo legislativo costruito a ricalco di un sistema sindacale usurato e rappazzato alla meno peggio.

La formula utilizzata per selezionare la contrattazione collettiva legittimata in base alla rappresentatività delle oo.ss. firmatarie è quella emersa dopo l'abrogazione referendaria della lett. a) co. 1 art. 19 St. Lav. e consolidata definitivamente nel d.lgs. n. 276/2003: cioè il “sindacato comparativamente più rappresentativo”<sup>662</sup>. E di quel decreto del 2003 è ben visibile nel T.U. la stessa malizia politica, cioè l'individuazione delle oo.ss. stipulanti preceduta dalla particella indeterminata “da”, di per sé tale da “legittimare” anche una contrattazione separata; tanto più che, *a contrario*, la selezione delle oo.ss., di cui le Regioni devono sentire il parere o ricevere il consenso in sede di predisposizione delle regolamentazioni di loro spettanza o partecipare ad un organismo tecnico è preceduta dall'articolo determinato “le” (artt. 3, co. 2; 5, co. 2; 6, co. 3). Ma è ben

<sup>662</sup> V. F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, cit., pag. XXIX e segg. Sulla nozione v. P. GRECO, *Dalla rappresentatività presunta a quella comparativa – verso la democrazia sindacale?*, in *Lav. Prev. Oggi*, 1998, pag. 2142 e segg.; L. SILVAGNA, *Il sindacato comparativamente più rappresentativo*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, pag. 211 e segg. Un elenco aggiornato delle disposizioni che rinviano al “sindacato comparativamente più rappresentativo” in F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro. 1. Diritto sindacale*, Torino, 2006, pag. 314 e segg. M. PERSIANI, *Diritto sindacale*, Padova, 2011, pag. 91; in dottrina, oltre a M. MAGNANI, *Commento all'art. 1 della legge n. 196 del 1997* alla nota n. 29, in M. NAPOLI (a cura di), *Commento alla legge n. 196/1997*, cit.

percepibile anche l'identica approssimazione tecnica circa i livelli contrattuali, individuati direttamente o tramite i livelli delle oo.ss stipulanti, singoli o plurimi, ma se plurimi, previsti come se fossero tutti equivalenti. Così, riconsiderando in un quadro unitario quanto già visto, sono chiamati in causa appositi accordi interconfederali ovvero i contratti collettivi stipulati a livello nazionale da oo.ss. comparativamente più rappresentative (art. 2, co. 1); i contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale stipulati da oo.ss. comparativamente più rappresentative (art. 3, co. 2); gli accordi interconfederali e i contratti collettivi, senza menzione delle oo.ss. stipulanti (art. 4, co. 2); i contratti collettivi stipulati da oo.ss. comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (art. 4, co. 5); i contratti collettivi nazionali di categoria, anche qui senza previsione delle oo.ss. stipulanti (art. 6, co. 2).

Nessuna sorpresa, data l'identità della maggioranza, del Ministro, dello *staff* di consulenza. Resta la criticità della formula di "sindacato comparativamente più rappresentativo" succeduta all'altra di "sindacato maggiormente rappresentativo", sì da far prevalere una valutazione comparativa, potenzialmente limitata ai primi rispetto ad una assoluta teoricamente aperta a tutti, senza che ne consegua alcuna maggiore trasparenza e certezza, ma solo una minore correttezza costituzionale; e resta, altresì, tutta la problematicità di una sia pur implicita legittimazione di un'eventuale contrattazione separata.

Certo applicando la tesi ancora prevalente in dottrina e giurisprudenza tale contrattazione resta di diritto comune, nonostante sia forgiata sotto la "guida" della legge; tanto più che ciò ha trovato proprio qui una duplice "convalida": la prescrizione contenuta nell'art. 11, co. 1, lett. c), l. n. 25/1955, "di osservare le norme dei contratti collettivi di lavoro e di retribuire l'apprendista in base ai contratti stessi" è stata ridotta quasi a nulla da Corte cost. n. 10/1957<sup>663</sup>, ferma nel negare ai contratti c.d. di diritto comune un'efficacia *erga omnes*; e la stessa opinione dottrinale per cui quelle norme, pur prive di per sé di efficacia generale, avrebbero dovuto essere osservate per poter usufruire dei benefici contributivi, è stata disattesa dalla giurisprudenza e dalla prassi amministrativa.

Si sa quanto si è detto e scritto sulla c.d. contrattazione delegata, elevata a fonte "normativa" a portata generale, ma né parte autorevole della dottrina<sup>664</sup>, né, soprattutto, la giurisprudenza costituzionale è andata oltre una casistica limitata, peraltro con una buona dose di *realpolitik*, per cui il salvataggio della legislazione sottoposte avveniva portando la contrattazione collettiva previstavi fuori dalla portata applicativa dell'art. 39, co. 4 Cost., con una argomentazione più o meno artificiosa. E, a conferma, proprio a fronte di eccezioni che chiamavano in causa la contrattazione collettiva in materia di apprendistato, Corte cost. n. 50/2005 e Corte cost. n. 176/2010<sup>665</sup>, se la cavavano senza doversi confrontare con la problematica della sua efficacia.

Qui, però, la musica è diversa: se anche la contrattazione collettiva fosse considerata di diritto comune, priva di efficacia generale, pur tuttavia continuerebbe ad offrire l'unica disciplina disponibile, data l'abrogazione della normativa speciale, eccezion fatta per quella residua del codice civile, di per sé sufficiente per tipizzare il tirocinio *alias* apprendistato, ma non per regolarlo nel

<sup>663</sup> Corte cost. 26 gennaio 1957, n. 10, cit.

<sup>664</sup> In proposito rinvio al mio *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *W.P.C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2011, n. 133.

<sup>665</sup> Corte cost. 28 gennaio 2005, n. 50, cit. e Corte cost. 14 maggio 2010, n. 176, cit.

suo rilievo ed ambito attuali; sicché, una volta si sia decisa l'assunzione di un apprendista, non c'è alternativa all'applicazione al relativo rapporto della disciplina collettiva.

Per di più, come si è visto, l'art. 7, co. 2, T.U. prevede sanzioni amministrative pecuniarie per l'inosservanza delle clausole contrattuali formulate in attuazione di certi principi posti dall'art. 2, co. 1, che richiamano alla memoria quella penale dell'ammenda contemplata dall'art. 23, co. 1, lett. b) l. n. 25/1955, per l'inosservanza del precedente art. 11. Come si sa, tale art. 23 cadde in desuetudine; ma non è affatto detto che anche l'attuale art. 2 vada incontro alla stessa sorte, trattandosi qui di sanzioni solo amministrative, affidate a organi di vigilanza che saranno indirizzati e sollecitati a procedere alle relative contestazioni; ma non tutto il male viene per nuocere, perché così, prima o poi, la questione arriverà di fronte alla Corte, costringendola ad uscire da quella sorta di *surplace* sull'art. 39 Cost., co. 4 praticato a tutt'oggi.

Se per il giuslavorista tradizionale la conclusione "teorica" è sempre la stessa, che, a Costituzione invariata non sarebbe possibile per il legislatore agire come se quel disposto costituzionale fosse stato abrogato per desuetudine, sì da sollecitarlo ad un intervento correttivo tale da liberare il terreno ad un regolamento capace di razionalizzare l'attuale sistema; la prospettiva "pratica" non cambia, che, a situazione fattuale immutata, la forza di auto-perpetuazione dell'esistente rimane irresistibile.

### Parte III

#### 17. Lo stato di "attuazione" del T.U.

Il 25 aprile scadeva quella "abrogazione sospesa" di cui all'art. 7, commi 6 e 7, d.lgs. n. 167/2011, per cui uscivano definitivamente di scena "la legge 19 gennaio 1955, n. 25, gli articoli 21 e 22 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, l'articolo 16 della legge 24 giugno 1997, n. 196 e gli articoli da 47 a 53 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276". Sicché c'è stata tutta un'affannosa corsa finale per mettersi in regola, con la conclusione di quelle intese collettive elevate a "fonti" regolatrici dall'art. 2 del decreto, *last but not least* l'accordo interconfederale 18 aprile 2012 per il settore industriale, sottoscritto da Confindustria, Cgil, Cisl e Uil, ripreso alla lettera dall'accordo interconfederale 19 aprile 2012 per il settore cooperativo siglato da AGCI, Confcooperative, Legacoop, Cgil, Cisl e Uil<sup>666</sup>.

A' sensi dell'art. 2, anzitutto, il richiamo è effettuato rispetto "ad appositi accordi interconfederali ovvero ai contratti collettivi stipulati a livello nazionale", sì da far presumere che essi siano alternativi; però, l'accordo interconfederale in parola si limita ad introdurre una disciplina "in via sussidiaria e cedevole rispetto a quanto dovrà essere disciplinato dalla collettiva richiamata dal d.lgs. n. 167/2011", cioè, come appena ricordato sopra "dalla contrattazione collettiva nazionale di categoria". Poi, gli accordi o i contratti sono quelli "stipulati a livello nazionale da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale", che, quindi, possono essere solo alcune di quelle classificabili come tali; di fatti, l'accordo interconfederale in questione si caratterizza per essere stato siglato *esclusivamente* da Confindustria, Cgil, Cisl e Uil.

<sup>666</sup> Entrambi reperibili in *Bollettino Speciale Adapt*, 24 aprile 2012, n. 13, [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it).

Ad esserne oggetto è l'apprendistato professionalizzante, per cui vengono ripresi e tradotti i principi preposti dallo stesso art. 2 al confezionamento del relativo regolamento collettivo: eventuale previsione del patto di prova per la durata prevista dai contratti collettivi di categoria; possibilità di inquadramento fino a due livelli inferiori rispetto alla categoria spettante; indicazione nel piano formativo individuale del tutore/referente aziendale; facoltà di recedere dal contratto al termine del periodo formativo ex art. 2118 c.c., con un preavviso di 15 giorni, che, se ed in quanto non esercitata, comporta la prosecuzione del rapporto “come ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato”; durata, comunque, non superiore a tre anni e, per “i profili professionali equipollenti a quelli dell’artigianato” individuati dai contratti collettivi, a cinque anni.

Tutto questo appare scontato; non così, invece, quello relativo al processo formativo, di cui al piano individuale, debitamente redatto “tenendo conto del format allegato”. Riesce evidente il pieno recupero di quell’esclusivo rilievo contrattuale attribuito all’apprendistato professionalizzante dall’art. 4 del d.lgs. n. 167/2011: “la formazione per l’acquisizione delle competenze tecnico-professionali e specialistiche ... sarà coerente con la qualifica professionale ai fini contrattuali da conseguire ai sensi del sistema di inquadramento definito nel ccnl applicato in azienda”; ed, inoltre, per “gli standard professionali di riferimento debbono intendersi quelli risultanti dai sistemi di classificazione ed inquadramento del personale e/o dalle competenze professionali individuate dai contratti collettivi”. Ma, soprattutto, lo scarso contenuto dell’obbligo formativo a carico del datore di lavoro, lo si valuti quantitativamente, visto che la “formazione professionalizzante ... sarà non inferiore a 80 ore medie annue (ivi compresa la formazione teorica iniziale relativa al rischio specifico prevista dall’accordo Stato-Regioni del 21 dicembre 2011); o qualitativamente, dato che “potrà essere svolta anche *on the job* ed in affiancamento”, senza precisare alcunché rispetto a questa che da sempre rappresenta la tecnica tipica di formazione pratica. D’altronde, trova altresì conferma la mera eventualità di quella integrazione costituita “dall’offerta formativa pubblica”, prevista, sempre dall’art. 4 del decreto legislativo citato, qui richiamata e considerata solo “laddove esistente”.

Assai più ricchi ed articolati sono i contratti siglati per il terziario, distribuzione, servizi e per il turismo, perché come contratti nazionali costituiscono le “fonti collettive” privilegiate per fornire una disciplina dell’apprendistato adattata a misura di ciascuna singola categoria; tanto che, come visto, lo stesso accordo interconfederale 18 aprile 2012 per l’intero settore industriale pone solo una regolamentazione “cedevole” a fronte dei futuri c.c.n.l. Sono firmati solo ed esclusivamente dalle federazioni aderenti a Cgil, Cisl Uil, a conferma di una gestione oligopolistica della c.d. contrattazione delegata, basata non su un’effettiva ricognizione della rappresentatività, ma su una perpetuazione della situazione di fatto in forza della convenienza di entrambe le parti stipulanti, associazioni sindacali e datoriali. E, se pur provvisti di discipline generali, come tali potenzialmente estese anche agli altri tipi di apprendistato, risultano centrati su quello professionalizzante.

Il contratto nazionale per il terziario, distribuzione, servizi, sottoscritto il 24 marzo 2012 da *Confcommercio-Imprese per l’Italia, Filcams-Cgil, Fisascat-Cisl, Uiltucs-Uil*<sup>667</sup>, replicato il 28 marzo successivo da *Confesercenti*, ha una Premessa, riprodotte quell’esplicita riserva di competenza a favore del livello nazionale di contrattazione sancita dall’art. 2 d.lgs. n. 167/2011; cui fa seguire la Parte I, con una disciplina generale che ricalca largamente quella di cui al d.lgs. n. 167/2011, e la

<sup>667</sup> Reperibile in *Bollettino Speciale Adapt*, 24 aprile 2012, n. 13, [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it).

Parte II, con una particolare per l'apprendistato professionalizzante o di mestiere. Ora, della Parte I è meritevole di menzione la "procedura di applicabilità" relativa proprio a quest'ultimo apprendistato, per la quale chi intenda assumere apprendisti, deve farne richiesta con tanto di progetto formativo "alla specifica Commissione dell'Ente Bilaterale, prevista dalle norme contrattuali nazionali del Terziario, competente per territorio" o, se titolare di unità produttive distribuite in più di due regioni, può farla alla "commissione paritetica istituita in seno all'Ente Bilaterale Nazionale". Parrebbe che, in mancanza di un "parere di conformità", il richiedente "terzo rispetto al contratto" non possa procedere all'assunzione; cosa, questa, che risulterebbe illegittima se anche l'art. 39 Cost. fosse stato attuato, con conseguente efficacia *erga omnes* della sua disciplina normativa, sicché è ben difficile immaginare che non lo sia in assenza di qualsiasi legislazione attuativa.

Nella Parte II spicca la prevista esistenza di una percentuale di conferma in servizio pari addirittura all' "80% dei lavoratori il cui contratto di apprendistato professionalizzante sia già venuto a scadere nei ventiquattro mesi precedenti", quale preconditione per l'assunzione di altri apprendisti, che potrà portare alla mancata concessione del visto "parere di conformità".

Accurata risulta la regolamentazione della formazione, che sembra smentire l'impressione diffusa per cui proprio la realtà del terziario, distribuzione, servizi, per il suo carattere largamente "matturo", richieda spesso poca acculturazione professionale. L'attività formativa prevede l'individuazione di qualifiche e mansioni escluse, la scansione della durata a seconda dei livelli d'inquadramento, la definizione del percorso formativo in relazione alla qualifica professionale e al livello di inquadramento da raggiungere, secondo un allegato 1, l'individuazione dei requisiti della formazione professionalizzante in termini quantitativi in due tabelle A e B. Questa è destinata a svolgersi secondo una strumentazione tecnica sulla carta molto moderna: "in aula, *on the job* ... tramite lo strumento della formazione a distanza (FAD) e strumenti di *e-learning*, ed in tal caso l'attività di accompagnamento potrà essere svolta in modalità virtualizzata e attraverso strumenti di teleaffiancamento o video-comunicazione da remoto".

Non molto dissimile risulta il successivo *accordo per il turismo 17 aprile 2012, sottoscritto da varie Federazioni datoriali, nonché da Filcams-Cgil, Fisascat-Cisl, UilTuCS*<sup>668</sup>, anch'esso comprensivo di una disciplina generale che recupera ampiamente quella di cui al d.lgs. n. 167/2011 e di una particolare per l'apprendistato professionalizzante. Vi ritorna sia la sostanza della "clausola di applicabilità", con la chiamata in causa degli enti bilaterali e dell'Ente Bilaterale nazionale del Turismo, "per la verifica della conformità dei piani formativi..."; sia l'esistenza della percentuale di conferme in servizio, qui pari al 70%, quale pre-condizione per procedere a nuove assunzioni.

Anche qui c'è un allegato dove sono indicati per ciascun comparto "i profili formativi dell'apprendistato professionalizzante"; e il processo formativo prevede un largo uso dello strumento informatico.

---

<sup>668</sup> Reperibile anch'esso in *Bollettino Speciale Adapt*, 24 aprile 2012, n. 13, [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it).

Per completezza, va richiamato il *c.c.n.l. per i dipendenti da studi professionali del 29 novembre 2011, fra Confprofessioni e Filcams Cgil, Fisascat Cisl e Uiltucs Uil*, che si segnala per essere stato il primo contratto ad intervenire sulla materia.

Da ultimo, vanno poi richiamati tre accordi specifici sull'apprendistato professionalizzante. Il primo è quello *per l'apprendistato professionalizzante in somministrazione 5 aprile 2012, fra Assolavoro, Felsa Cisl, Nidil Cgil, Uil Temp*<sup>669</sup>, che prevede l'assunzione a tempo indeterminato, solo dei lavoratori di età compresa tra i 18 e i 29 anni, con una attività formativa di cui resta responsabile l'Agenzia per il lavoro, ma condotta ovviamente con la partecipazione dell'impresa utilizzatrice. La limitazione della somministrazione agli apprendisti "giovani" esclude l'ipotesi che la stessa possa essere utilizzata per i lavoratori in mobilità.

Il secondo è *l'accordo per l'apprendistato professionalizzante nel settore del trasporto e della logistica del 24 aprile 2012*.

Infine, il 4 maggio 2012 è stato siglato *l'accordo per l'apprendistato professionalizzante nel settore della panificazione*, che per primo ebbe ad utilizzare come meccanismo di remunerazione dell'apprendistato il doppio sistema del sottoinquadramento e della retribuzione in percentuale, recepito in legge nel 2009<sup>670</sup>.

### 18. Aspettando Godot/Fornero: l'apprendistato come passaporto per l'uscita dal "preariato"

Il disegno di legge presentato dal Ministro Fornero si apre con un art. 1, dedicato alle finalità perseguite cioè "realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione". Come si vede, una formula ormai consumata dall'uso, per esser rintracciabile in ogni misura, grande o piccola, succedutasi dalla prima legislazione in materia, declassata da programmatica a meramente propiziatoria. Ma qui conta riprenderne quella che ne dovrebbe costituire la strumentazione, quel *mix* di minore flessibilità in entrata e di maggior flessibilità in uscita di cui alle prime tre lettere: "a) favorendo l'instaurazione di rapporti di lavoro più stabili e ribadendo il rilievo prioritario del lavoro subordinato a tempo indeterminato quale forma comune di rapporto di lavoro (c.d. "contratto dominante"); b) valorizzando l'apprendistato come modalità prevalente di ingresso dei giovani nel modo del lavoro; c) redistribuendo in modo più equo le tutele dell'impiego, da un lato, contrastando l'uso improprio e strumentale degli elementi di flessibilità progressivamente introdotti nell'ordinamento con riguardo alle tipologie contrattuali; dall'altro, adeguando contestualmente alle esigenze del mutato contesto di riferimento la disciplina del licenziamento, con previsione, altresì, di un procedimento giudiziario specifico per accelerare la definizione delle relative controversie".

Nonostante che non sia affatto passata la tesi del "contratto unico", con una sostanziale riduzione della tipologia "atipica", la scena finale sarebbe dominata da quello a tempo indeterminato. Se per la lett. a) questo è il tipo dominante, la lett. b) stabilisce coerentemente che il modo normale di accesso al lavoro è costituito da quell'apprendistato, definito dall'art. 1 del d.lgs. n. 167/2011. Si è già visto come, da un punto teorico, è difficile conciliare il carattere attribuitogli di contratto

<sup>669</sup> Reperibile in *Bollettino Speciale Adapt*, 24 aprile 2012, n. 13, [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it).

<sup>670</sup> L'art. 2, comma 155, l. 23 dicembre 2009, n. 191, ha legiferato il doppio sistema di remunerazione dell'apprendista, inserendo il comma 1-bis nell'art. 53, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

a tempo indeterminato, unico ed unitario, nonostante l'inevitabile cambio dell'elemento causale - da misto (formazione/retribuzione *versus* prestazione lavorativa) a puro (retribuzione *versus* prestazione lavorativa) - nel passaggio dal periodo formativo a quello post-formativo. Ma, da un punto di vista pratico, viene qui in rilievo quel suo regime in tema di licenziamento, etichettabile come "bastardo": per l'intero corso del periodo formativo occorre una giusta causa od un giustificato motivo, ai sensi della l. n. 604/1966 e successive modificazioni; mentre, al termine dello stesso, è possibile procedere *ad nutum*, ai sensi dell'art. 2118 c.c.

A tradurlo nel linguaggio famigliare all'orecchio di un datore di lavoro, sarebbe sì un contratto a tempo indeterminato risolubile liberamente al termine di un periodo caratterizzato da un obbligo formativo. E, questo obbligo formativo risente di quanto detto in quello stesso art. 1 d.lgs. n. 167/2011, che, dopo aver definito l'apprendistato "un contratto a tempo indeterminato" lo ritiene "finalizzato alla formazione e alla occupazione", prendendo così atto del suo crescente rilievo come strumento occupazionale. Come visto, con riguardo al tipo di gran lunga più rilevante e diffuso, tale da coprire i  $\frac{3}{4}$  dell'intero ricorso all'apprendistato, cioè il "professionalizzante", il visto accordo interconfederale 18 aprile 2012 introduce uno striminzito fondo aziendale di 80 ore medie annue per acquistare le competenze relative alla qualifica professionale da conseguire. E lo fa in perfetto sincronismo con l'art. 4 del decreto n. 167/2011, debitamente richiamato, che prevede uno stentato monte ore integrativo non superiore a centoventi ore sul triennio per acquisire le competenze di base e trasversali, peraltro condizionato nello svolgimento effettivo dal cronico *deficit* finanziario ed organizzativo del "pubblico" tenuto a provvedervi.

Il disegno di legge è consapevole che sul cammino intrapreso c'è il rischio di un uso facile a trasformarsi in un abuso oltre il limite del tollerabile, sì da procedere con l'art. 5 ad alcuni interventi correttivi del testo ancor caldo del d.lgs. n. 167/2011, che, però, non risultano tutti convincenti. *En passant*, viene chiarito un problema interpretativo scaturito dall'aver previsto in quel decreto che il periodo di preavviso per il licenziamento *ex art.* 2118 c.c. decorresse dal termine dell'apprendistato, stabilendo che per quel periodo continui "a trovare applicazione la disciplina del contratto di apprendistato". Chiarito questo, ma a costo di aprirne un altro, cioè su che significhi esattamente tale ultima espressione, soprattutto con riguardo alla scadenza prevista: una volta così spostata in avanti, non si sa se scatterà automaticamente o se sarà ulteriormente prolungabile per qualche causa potenzialmente sospensiva verificatasi nel frattempo, come tipicamente una malattia.

Ad interessare è ben altro. Una prima modifica è data dalla "previsione di una durata minima del contratto, non inferiore a sei mesi", certo apprezzabile, perché intesa ad impedire la sua utilizzazione per soddisfare esigenze temporanee, tali da non permettere alcuna formazione, se pur elementare. Essa, però, dovrà fare i conti con quanto risulta dal visto Isfol, Monitoraggio dell'apprendistato, XII Rapporto, elaborato sulla fonte Inps, che, preso a riferimento il 2010, dà le seguenti percentuali: l'85,5% dei contratti cessa prima della scadenza, il 60% a causa di dimissioni, mentre il 42,3% dura meno di tre mesi.

Una seconda modifica è costituita dalla prescrizione di una riserva per la quale non sarà possibile assumere nuovi apprendisti, se non si sarà provveduto a mantenere in servizio almeno il cinquanta per cento (trenta per cento per i prossimi tre anni) dei vecchi, esclusi quelli cessati dal servizio per recesso nel corso del periodo di prova, per dimissioni o per licenziamento per giusta, ma, inspiegabilmente, non per giustificato motivo soggettivo. La riserva è stata mutuata dal soppresso contratto di inserimento (art. 54, comma 3, d.lgs. n. 276/2003); ma con l'esplicita aggiunta

dell'usuale sanzione, per cui gli apprendisti soprannumerari sono considerati lavoratori subordinati a tempo indeterminato fin dall'inizio del rapporto.

Sorprende poco o nulla che proprio quest'ultima previsione sia destinata a dar vita ad una battaglia parlamentare assai dura, perché significa vanificare parzialmente la possibilità di licenziare *ad nutum* alla fine del periodo di apprendistato; anche se, come visto, è ripresa da una contrattazione collettiva spintasi ben oltre. Ma qui interessa sottolineare come sotto la copertura di una misura anti-abusiva, si nasconda una finalità occupazionale; la stessa che risulta dalla disposizione successiva, la quale eleva da uno a uno a due a tre il rapporto fra apprendisti che il datore di lavoro può assumere, anche "indirettamente per il tramite delle agenzie di somministrazione di lavoro" e maestranze specializzate e qualificate in servizio. Il che permetterà un innalzamento del numero del personale occupabile, senza ricadere nell'ambito coperto dall'art. 18 St. lav., dato lo scomputo previsto dall'art. 7, comma 3, d.lgs. n. 167/2011.

Non senza, però, che tutto questo abbia una ricaduta sulla finalità formativa. La condizione della percentuale di conservazione in servizio, accresce la spinta a conformare la formazione all'attività dell'impresa in cui si sta come apprendista e si dovrebbe restare come lavoratore, rendendola poco spendibile al di fuori di essa. E l'elevazione del rapporto fra apprendisti e maestranze specializzate e qualificate in servizio diluisce quella tipica forma di apprendimento *on the job*, costituita dall'affiancamento.

Insomma, il cambiamento si muove tutto nel solco del passato. Ed, allora, a prescindere dall'impegnativo programma costituito dall'apprendistato permanente (art. 66 e segg.), c'è da dubitare, oggi come ieri, che l'apprendistato possa assurgere a "modalità prevalente di ingresso dei giovani nel mondo del lavoro". Come già ricordato, il verdetto dei numeri offerti dal Rapporto citato è chiaramente e nettamente contrario, visto che l'apprendistato non solo non è mai riuscito a decollare, ma appare in declino nel triennio 2008-2010.

Certo il legislatore cerca di allargargli lo spazio operativo. Al fine di dar inizio al riassorbimento di ogni altro contratto di accesso al lavoro, l'art. 4 elimina il contratto d'inserimento di cui agli artt. 54 e segg. d.lgs. n. 276/2003, previsto per un tempo fra i nove ed i diciotto mesi e finalizzato ad un adattamento o riadattamento del lavoratore ad un certo contesto lavorativo, limitatamente ad alcune categorie specificamente indicate. Ora, per la categoria dei giovani fra i 18 e i 29 dovrebbe essere sostituito dall'apprendistato, se pur non senza dar per scontato quel ridimensionamento qualitativo del momento formativo, tipizzato nel contratto di inserimento; mentre, per quelle degli ultracinquantenni e delle donne nelle aree svantaggiate interviene l'art. 53.

Rimane scoperta la categoria costituita "dai disoccupati di lunga durata da ventinove fino a trentadue anni", tant'è che forse sarebbe stato meglio mantenerlo questo contratto di inserimento per tener conto di una realtà drammatica, quale costituita da una disoccupazione giovanile la quale proietta la sua ombra sempre più verso l'età adulta. Comunque meglio reintrodurlo che procedere ad un innalzamento dell'età di accesso all'apprendistato, portandola fino al limite dei trentadue anni, perché questo significherebbe travolgerne completamente il rilievo ed il ruolo.

A guardare al futuro, si dovrebbe imparare da dove l'apprendistato funziona, secondo quel duplice modello scuola-centrico della Francia o impresa-centrico della Germania, che ne fa uno strumento destinato ad operare a monte, con un largo corredo formativo, spendibile sul mercato del lavoro, invece di insistere su una politica che, di fatto, ne vorrebbe fare un mezzo utilizzato per il

recupero di tutto il materiale spurio prodotto dal disboscamento delle collaborazioni a progetto, delle partite Iva, dei tirocini<sup>671</sup>.

---

<sup>671</sup> Per una sintesi v. Italia Lavoro, *Rapporto di Benchmarking, L'apprendistato in Europa*. Schede di Germania e Francia, 2011, in [www.Italialavoro.it](http://www.Italialavoro.it).

Più ampiamente v. M. DELFINO, *Giovani e formazione nelle normative europee: l'apprendistato*, in *W.P.C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 90/2012; G. BOSCH – J. CHAREST, *Il ruolo delle parti sociali nei sistemi di formazione professionale: un'analisi comparata*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2007, n. 1, pag. 37.

## La famiglia nel diritto del lavoro\*

Mariella Magnani

1. Il diritto del lavoro molto riceve dalla famiglia: ma ricambia?	266
2. La nozione di famiglia nel diritto del lavoro.	266
3. Le politiche a sostegno della donna lavoratrice e le loro contraddizioni.	268
4. Il superamento della identificazione delle politiche a tutela della famiglia con le politiche a tutela dalla maternità.	269
5. La conciliazione famiglia/lavoro: dai congedi alla gestione flessibile dell'orario di lavoro.	271
6. Nuovi rapporti tra sessi e generazioni.	273
7. Conclusioni.	274

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 146/2012

## 1. Il diritto del lavoro molto riceve dalla famiglia: ma ricambia?

Il tema della famiglia nel diritto del lavoro è fortemente evocativo ma non facile da afferrare e trattare da un punto di vista scientifico.

Non è un caso che i pochi che l'hanno affrontato l'abbiano trovato scivoloso e non dissodato, o non ben identificato dal punto di vista giuridico<sup>672</sup>, assorbito, in modo anche fuorviante, dal filone della tutela del lavoro femminile.

Anzi, qualcuno ha giustamente sottolineato che è mancata una riflessione di taglio rigorosamente giuridico<sup>673</sup> – a fronte della analisi socio-economiche – in merito all'utilizzazione della legislazione del lavoro a sostegno della famiglia. Il diritto del lavoro, così come la società intera, molto riceve dalla famiglia. Basti pensare al suo ruolo di "ammortizzatore sociale" ed in genere di fonte di welfare: un ruolo accentuato nel mercato e nel diritto del lavoro attuali a fronte, in particolare, della destandardizzazione dei rapporti di lavoro. Nei sistemi a welfare più "deboli", in cui i tradizionali strumenti di protezione sociale di tipo "lavoristico" riguardano prevalentemente i lavoratori maschi in età centrale, per i lavoratori con contratti a tempo determinato la famiglia rimane l'unica forma di protezione tra un contratto e l'altro. Si tratta di un aspetto che emerge come particolarmente rilevante per i giovani soprattutto dalle ricerche sul caso italiano<sup>674</sup>. Ma può aggiungersi anche il ruolo svolto dalla famiglia come servizio per l'impiego, nella ricerca di un posto di lavoro, se è vero che solo meno del cinque per cento dei rapporti di lavoro viene intermediato dai servizi pubblici, mentre il cinquantacinque per cento è demandato ai rapporti familiari/personali<sup>675</sup>. Dunque il diritto del lavoro – o il lavoro – molto riceve dalla famiglia.

Ma il diritto del lavoro favorisce la famiglia? Si occupa della famiglia in "quanto tale"? Ed in che modo si occupa della famiglia?

A queste domande cercherò di dare un principio di risposta.

## 2. La nozione di famiglia nel diritto del lavoro.

Il giurista, da sempre aduso o costretto alle definizioni, sarebbe tentato di soffermarsi sul significato del termine famiglia. Ma sarebbe un fuor d'opera, oltre che un compito impari per le mie forze, addentrarsi nelle diverse concezioni filosofiche, morali e, infine, giuridiche di famiglia.

Le stesse discussioni generate dall'art. 29 Cost. (col suo ben noto ossimoro<sup>676</sup>: "società naturale fondata sul matrimonio") si sono, in certa misura, svaporate nella considerazione che, attorno alla

<sup>672</sup> Cfr. L. CALAFÀ, D. GOTTARDI, *Famiglia, lavoro, diritto: combinazioni possibili*, LD, 2001, 5 ss.; M. TIRABOSCHI, *La legislazione del mercato del lavoro a sostegno della famiglia dopo la riforma Biagi*, in P. DONATI (a cura di), *Famiglia e lavoro: dal conflitto a nuove sinergie*, Nono Rapporto Cisl sulla Famiglia in Italia, San Paolo, Milano, 2005, p. 227 ss.

<sup>673</sup> Cfr. M. TIRABOSCHI, *La legislazione del mercato del lavoro a sostegno della famiglia dopo la riforma Biagi*, cit., p. 227.

<sup>674</sup> Cfr. M. NALDINI, C. SARACENO, *Conciliare famiglia e lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 48 ss.

<sup>675</sup> Cfr., da ultimo, Indagine ISTAT, *Ingresso dei giovani nel mercato del lavoro*, 30 settembre 2010, [www.istat.it](http://www.istat.it).

<sup>676</sup> Così R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in LD, 2001, p. 9 ss. In generale, sulle discussioni originate dall'art. 29 Cost., cfr. altresì P. BARCELLONA, voce *Famiglia*, in *Enc. Dir.*, vol. XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 779 ss.; M. BESSONE, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, sub art. 29, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1979, p. 1 ss.

dicotomia classica “famiglia nucleare/famiglia estesa”, diverse possono essere le nozioni di famiglia, a seconda delle finalità perseguite dal legislatore.

A seconda delle esigenze e degli interessi presi in considerazione dalla legge nelle singole norme, l'ambito delle relazioni familiari che assumono rilevanza si allarga o si restringe, dando luogo ad una molteplicità di figure e di significati.

Di ciò possiamo trovare una dimostrazione non solo nel diritto civile<sup>677</sup>, ma anche nel diritto del lavoro.

Così, ai fini dei congedi parentali viene in considerazione solo la famiglia nucleare (cfr. art. 32, d. lgs. n. 151/2001); mentre, ai fini dei congedi per gravi motivi (cfr. art. 2, comma 1, d.m. n. 278/2000, in attuazione dell'art. 4, comma 2, della l. n. 53/2000), vengono in considerazione anche i discendenti, i genitori e gli ascendenti, i generi, le nuore, i suoceri, i fratelli e le sorelle, anche non conviventi, oltre alla famiglia anagrafica<sup>678</sup>, dunque anche la famiglia di fatto; il diritto di precedenza nella trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale sorge in caso di patologie oncologiche che riguardano, non solo «il coniuge, i figli o i genitori del lavoratore o della lavoratrice», ma anche il convivente del lavoratore, sebbene, in questo ultimo caso, la malattia dell'assistito debba essere più grave (cfr. art. 12 *bis* del d. lgs. n. 61/2000<sup>679</sup>); il lavoratore ha diritto a tre giorni di permesso retribuito all'anno in caso di decesso o documentata infermità del «coniuge, anche legalmente separato, o di un parente entro il secondo grado, anche non convivente, o di un soggetto componente la famiglia anagrafica» (art. 1, comma 1, d.m. n. 278/2000, in attuazione dell'art. 4 della l. n. 53/2000); il diritto a tre giorni di permesso per assistere un familiare con handicap grave sorge allorché esso riguardi i figli, il «coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti» (art. 33, comma 3, l. n. 104/1992); per la corresponsione degli assegni per il nucleo familiare<sup>680</sup>, esso è composto dalla famiglia nucleare, potendosi allargare solo nei casi di particolare difficoltà o di indigenza; ai fini dell'applicazione del regime della impresa familiare, ai sensi dell'art. 230 *bis* del c.c., «si intende come familiare il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo». Tuttavia, in base a una recente sentenza della Cassazione, la disciplina ivi contenuta può essere estesa anche

<sup>677</sup> Cfr. P. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 781.

<sup>678</sup> Intendendosi per tale «un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune»: cfr. art. 4, D.P.R. n. 223/1989.

<sup>679</sup> La persona convivente deve infatti versare «in totale e permanente inabilità lavorativa, che assuma connotazione di gravità ai sensi dell'art. 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, alla quale è stata riconosciuta una percentuale di invalidità pari al 100 per cento, con necessità di assistenza continua in quanto non in grado di compiere gli atti quotidiani della vita .... ».

<sup>680</sup> Cfr. art. 2, comma 6, d.l. n. 69/1988, conv. nella l. n. 153/1988: il nucleo familiare è composto «dai coniugi, con esclusione del coniuge legalmente ed effettivamente separato, e dai figli ed equiparati, ai sensi dell'art. 38 del decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1957, n. 818, di età inferiore a 18 anni compiuti ovvero, senza limite di età, qualora si trovino, a causa di infermità o difetto fisico o mentale, nell'assoluta e permanente impossibilità di dedicarsi ad un proficuo lavoro. Del nucleo familiare possono far parte, alle stesse condizioni previste per i figli ed equiparati, anche i fratelli, le sorelle ed i nipoti di età inferiore a 18 anni compiuti ovvero senza limiti di età, qualora si trovino, a causa di infermità o difetto fisico o mentale, nell'assoluta e permanente impossibilità di dedicarsi ad un proficuo lavoro, nel caso in cui essi siano orfani di entrambi i genitori e non abbiano conseguito il diritto a pensione ai superstiti».

alla famiglia di fatto consistente in una convivenza *more uxorio*<sup>681</sup>. E l'elencazione, a dimostrazione dell'assunto iniziale, potrebbe continuare.

### 3. Le politiche a sostegno della donna lavoratrice e le loro contraddizioni.

Ebbene, in una prima fase dell'evoluzione del diritto del lavoro all'attenzione del legislatore non era tanto la famiglia, quanto la condizione della donna lavoratrice come presupposto della sua "essenziale funzione familiare": "essenziale funzione familiare" scolpita addirittura nell'art. 37 Cost<sup>682</sup>.

Per questa norma è insorta, come è noto, una discussione paragonabile a quella riguardante l'art. 29 Cost., ravvisandosi una certa contraddizione tra la direttiva di parità e il riconoscimento della specificità del lavoro femminile proprio in considerazione del ruolo della donna all'interno della famiglia, entrambi contenuti nel primo comma dell'art. 37<sup>683</sup>. C'è un problema di rapporto tra i due diversi nuclei dell'art. 37, quello relativo alla parità dei diritti e quello in base al quale le condizioni di lavoro devono consentire alla donna l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e garantire una adeguata protezione alla madre e al bambino. Come è noto, divergenze sono sorte all'interno dell'assemblea costituente in ordine alla concezione della famiglia e al ruolo della donna al suo interno; e non solo nella componente cattolica, ma anche all'interno delle stesse forze di sinistra era diffusa la preoccupazione di contemperare la valorizzazione del lavoro extradomestico della donna con il riconoscimento del valore sociale della maternità e con l'assetto prioritario della famiglia.

L'unico punto certo è che si può cogliere nella norma l'obiettivo di affermare e realizzare la piena compatibilità delle due situazioni, familiare e di lavoro, in capo alla donna. Il legislatore deve dunque adoperarsi affinché sia concretamente possibile per la donna la contestualità della condizione di lavoratrice e di "donna maritata"<sup>684</sup>.

Senonché, nella disciplina del lavoro femminile troviamo per lungo tempo margini di scostamento rispetto alle direttive costituzionali. L'opera del legislatore prolunga in modo acritico le linee di disciplina protettiva tracciata da una tradizione legata alle diseguaglianze storiche del lavoro femminile. La legislazione sulla lavoratrice madre è naturalmente giustificata per tutelare l'integrità fisica della mamma e del bambino (si pensi alla l. n. 1204 del 1971, preceduta dalla l. n. 860 del 1950). Tuttavia, alcune di queste norme assumono come dato che la cura dei figli e le connesse

<sup>681</sup> Cfr. Cass. 1 marzo 2006, n. 5632, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 1728.

<sup>682</sup> Emblematica è la sentenza della Corte Costituzionale 11 luglio 1969, n. 123, in *Foro it.*, 1969, I, 1626 ss., che ha ritenuto costituzionalmente legittima la previsione di una differente età pensionabile fra uomo e donna in riferimento all'art. 37 Cost., con la seguente argomentazione: «la norma costituzionale non afferma soltanto [la] parità, ma intende altresì salvaguardare l'essenzialità della funzione familiare della donna. Perciò, rimette al legislatore il potere di fare alla donna un trattamento differenziato, stabilendo condizioni di lavoro che le permettano di curare gli interessi familiari. La Corte ritiene che rientri fra questi poteri ... anche quello di limitare nel tempo il periodo in cui la donna venga distratta dalle cure familiari e di consentire che, giunta ad una certa età, essa torni ad accudire esclusivamente la famiglia, con l'apporto anche di quella pensione che le spetta». Ma si vedano successivamente Corte Cost. 27 aprile 1988, n. 498, in *Foro it.*, 1988, I, 1769, Corte Cost. 6 luglio 1989, n. 374, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 701 e, da ultima, Corte Cost., 29 ottobre 2009, n. 275, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, 381 ss., che, tuttavia, pongono minore enfasi sulla "funzione familiare" della donna.

<sup>683</sup> V. *amplius* T. TREU, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *sub* art. 37, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1979, spec. p. 154 ss.

<sup>684</sup> Cfr. sempre T. TREU, *op. cit.*, p. 156.

attività familiari siano compiti prevalenti o esclusivi della donna. In questo modo si facilita il lavoro femminile esterno, ma subordinatamente alla intangibilità del lavoro familiare. Con questa impostazione il dilemma della donna, di scelta fra lavoro e famiglia, che la Costituzione voleva avviare a scioglimento, resta inevitabilmente irrisolto.

La debolezza complessiva delle donne sul mercato del lavoro, conseguente anche a questa disciplina, finisce per infirmare il suo stesso obiettivo minimo di garantire il posto di lavoro alle lavoratrici già occupate in lavori regolari: non per niente la percentuale delle madri che non riprendono il lavoro dopo la nascita dei figli è, in Italia, ancora elevata<sup>685</sup>.

#### 4. Il superamento della identificazione delle politiche a tutela della famiglia con le politiche a tutela della maternità.

Solo in tempi recenti vi è stato un superamento dell'identificazione delle politiche a tutela della famiglia con le politiche a tutela della donna e, in particolare, della maternità<sup>686</sup>. È vero che, anche in passato, vi era stata una qualche considerazione della famiglia in quanto tale nella disciplina di istituti normativi di particolare rilevanza nell'ambito del rapporto di lavoro: basti pensare all'art. 36 della Costituzione che sancisce il principio della retribuzione proporzionata e sufficiente a garantire al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa; e, sotto altro profilo, all'emergere della situazione di bisogno riferita al nucleo familiare quale criterio per l'identificazione dei lavoratori da scegliere in caso di licenziamento collettivo (v. gli accordi interconfederali del 1950 e del 1965 e l'art. 5 della l. n. 223/1991), senza contare la disciplina dell'impresa familiare introdotta con l'art. 230 *bis* c.c. (v. l. 19 maggio 1975, n. 151).

Ma, come è noto, la direttiva della sufficienza del salario per i bisogni della famiglia non è stata intesa, né nel dibattito dottrinale né nell'applicazione giurisprudenziale, nel senso di implicare una determinazione del salario in base all'esigenze dei singoli nuclei familiari e si è concretizzata esclusivamente nell'istituto degli assegni familiari (oggi assegni per il nucleo familiare); mentre, per quanto riguarda il criterio dei "carichi di famiglia" nel momento della scelta dei lavoratori da licenziare nei licenziamenti collettivi, esso non ha invero mai avuto reale rilevanza, attesa anche la difficoltà di individuarne la nozione<sup>687</sup>. Come ognuno sa, ad essere prevalente, tra i cd. criteri sociali, è il più oggettivamente apprezzabile criterio dell'anzianità di servizio. Si tratta dunque di norme che esprimono una ideale tensione alla tutela della famiglia in quanto tale, più che realizzarla.

È la l. n. 53/2000, intitolata "Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città", sia pure preceduta da importanti pronunce della Corte costituzionale, che segna idealmente lo spartiacque tra le due fasi di cui si parlava.

In primo luogo, la tutela del lavoro e della maternità è estesa alla paternità oltre che alle adozioni

<sup>685</sup> V. Sintesi Rapporto ISFOL 2009, [www.isfol.it](http://www.isfol.it).

<sup>686</sup> Cfr. C. SARACENO, *Mutamenti della famiglia e politiche sociali in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 11 ss. Specificamente, per il riconoscimento del ruolo del padre, v. L. CALAFÀ (a cura di), *Paternità e lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2007.

<sup>687</sup> Al di là della disponibilità, da parte del datore di lavoro, degli strumenti idonei a misurare il peso dei "carichi di famiglia", vi sono, ancor prima, dubbi esegetici sulla nozione: cfr., in generale, E. GRAGNOLI, *Licenziamenti collettivi e criteri di scelta*, in AA.VV., *I licenziamenti collettivi*, *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 19, Utet, Torino, 1997, spec. p. 103 ss.

e agli affidamenti.

Il padre lavoratore subordinato può astenersi dal lavoro dopo la nascita del figlio «in caso di morte o di grave infermità della madre ovvero di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre» (cfr., da ultimo, art. 28 del d. lgs n. 151/2001). In tali ipotesi, il legislatore predispone un diritto al congedo in luogo di quello che sarebbe stato altrimenti attribuito alla madre.

In secondo luogo, vi è l'istituto dei congedi parentali, per un totale di dieci mesi, che spettano a ciascun genitore e per ciascun bambino, nei suoi primi otto anni di vita. E i congedi si estendono temporalmente in caso di minore con handicap grave (cfr., da ultimo, art. 33, comma 1, d.lgs. n. 151/2001).

I genitori possono usufruire del congedo sia separatamente che contemporaneamente; ma ciascun genitore non lo può godere per un periodo superiore a sei mesi. È interessante notare che il limite complessivo sale a undici mesi se il padre abbia esercitato il diritto di astensione dal lavoro per un periodo non inferiore a tre mesi. Si tratta di una previsione che mira ad incoraggiare l'utilizzo del congedo da parte dei padri lavoratori.

Il limite solitamente ravvisato in queste politiche di incoraggiamento sta nella esiguità dell'indennità per il congedo (30% della retribuzione fino al terzo anno di vita del bambino e per un periodo massimo di sei mesi; mentre, dal terzo anno di vita e fino all'ottavo, l'indennità è dovuta unicamente ove il reddito individuale del genitore sia inferiore ad una certa soglia: cfr. art. 34 del d. lgs. n. 151/2001), anche se alcune fonti<sup>688</sup> sottolineano la rilevanza della disponibilità nella struttura sociale italiana di "aiuti informali" (appunto la rete parentale).

Un altro limite è rappresentato dal fatto che il congedo è una forma di sospensione del rapporto di lavoro che, per il padre, è regolata solo all'interno del lavoro subordinato. I congedi parentali sono infatti pensati prevalentemente all'interno del rapporto di lavoro dipendente, al di fuori del quale nessuna tutela è ammessa<sup>689</sup>. Tale disparità si rintraccia invero anche per la madre, anche se non mancano forme di protezione per la madre lavoratrice autonoma, pure collaboratrice coordinata continuativa, e per la libera professionista<sup>690</sup>.

L'altro aspetto innovativo della l. n. 53/2000, giacché segna il distacco dalle precedenti politiche imperniate essenzialmente sulla tutela della maternità, è la previsione di congedi (pari nel massimo a due anni nell'arco della vita lavorativa ed utilizzabili anche in modo frazionato) per gravi motivi familiari<sup>691</sup>, legati all'esigenza di assistere familiari colpiti da gravi patologie; familiari individuati in modo assai comprensivo, come già visto, essendovi inclusa la famiglia anagrafica, indipendentemente dal grado di parentela, e, dunque, anche la famiglia di fatto. Sebbene il congedo in questione non sia retribuito, e non sia computato nell'anzianità di servizio, si realizza qui il massimo di incidenza delle ragioni di solidarietà sulla conformazione degli assetti produttivi

<sup>688</sup> Cfr. Rapporto ISTAT, *La conciliazione tra lavoro e famiglia*, 28 dicembre 2011, 17, [www.istat.it](http://www.istat.it).

<sup>689</sup> Cfr. M. GARATTONI, *La tutela del padre lavoratore in Italia*, in L. CALAFÀ (a cura di), *Paternità e lavoro*, cit., p. 65 ss. V. però Corte Cost. 14 ottobre 2005, n. 385, in *Foro it.*, 2006, I, 669 ss., sul diritto del padre libero professionista a percepire l'indennità di "maternità" in caso di adozione o affidamento preadottivo in alternativa alla madre.

<sup>690</sup> V., in generale, il cap. XI del d. lgs n. 151/2001. Sulle lavoratrici a progetto v. anche l'art. 66 del d. lgs n. 276/2003. Sul tema cfr. sempre M. GARATTONI, *op. loc. cit.*

<sup>691</sup> Cfr. l'art. 4 della l. n. 53/2000.

dell'impresa.

### 5. La conciliazione famiglia/lavoro: dai congedi alla gestione flessibile dell'orario di lavoro.

Nelle politiche di conciliazione tra vita familiare e lavoro messe in campo dal nostro, come da altri ordinamenti, entrano in gioco non solo i congedi e i permessi a vario titolo (per esigenze personali e familiari) ma anche gli strumenti di gestione flessibile dell'orario di lavoro. Strumenti la cui implementazione attraverso la contrattazione collettiva è incentivata dall'art. 9 della l. n. 53 del 2000.

Un ruolo di primo piano è naturalmente da attribuire al part-time che, nell'ottica del contemperamento tra impegni lavorativi e responsabilità familiari, deve essere incentivato ma anche regolato. L'ha ben sottolineato la stessa Corte Costituzionale nella famosa sentenza sulle clausole elastiche e flessibili, anche se, occorre notarlo, il rilievo del part-time quale strumento di contemperamento tra attività lavorativa e cura familiare è declinato essenzialmente in relazione alla figura della donna<sup>692</sup>.

Il dosaggio tra incentivazione e regolazione deve essere attentamente calibrato ad evitare che paletti normativi troppo rigidi finiscano per disincentivarne l'utilizzo. I corsi e ricorsi normativi in materia, dal decreto legislativo n. 61/2000 al d. lgs n. 276 del 2003, alla l. n. 247/2007, alla l. n. 183/2011 ne sono testimonianza. Ai fini che ci interessano è da notare che, anche nel caso in cui il rapporto di lavoro non sia, sin dall'origine, a tempo parziale, a fronte di particolari esigenze di cura ed assistenza nei confronti della "famiglia" (nella nozione di cui all'art. 12 *bis* del d. lgs. n. 61/2000: v. *supra*) è attribuito al lavoratore o alla lavoratrice la «priorità della trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale».

Come emerge da indagini sui contenuti dei contratti collettivi<sup>693</sup>, la contrattazione collettiva, non solo ha largamente anticipato l'intervento del legislatore (l'art. 12 *bis* è stato introdotto dall'art. 46, co. 1, lett. t, del d. lgs. 276/2003), ma conserva, anche all'indomani di esso, un carattere migliorativo. Taluni contratti collettivi, infatti, attribuiscono al prestatore di lavoro un vero e proprio diritto (altri una mera aspettativa) alla riduzione dell'orario di lavoro, da far valere indipendentemente dall'esigenza organizzativa del datore di lavoro, anche nelle figure del part-time temporaneo post-maternità e del part-time per malattia o assistenza<sup>694</sup>.

<sup>692</sup> «... non è superfluo ricordare quale particolare rilievo riveste il rapporto a tempo parziale per il lavoro femminile: per molte donne è questa, infatti, la figura contrattuale che rende possibile il loro ingresso o la loro permanenza nel mondo del lavoro, perché consente di contemperare l'attività lavorativa con quegli impegni di assistenza familiare che ancor oggi gravano di fatto prevalentemente sulla donna. Ma è chiaro che queste esigenze verrebbero completamente oblite ovesse fosse consentito pattuire la variabilità unilaterale della collocazione temporale della prestazione lavorativa»: così Corte Cost., 11 maggio 1992, n. 210, in *Foro it.*, 1992, I, 3232.

<sup>693</sup> Cfr. E. PIETANZA, *Il contributo della contrattazione collettiva alle istanze di conciliazione vita/lavoro*, in V. BAVARO, U. CARABELLI, G. SFORZA, R. VOZA (a cura di), *Tempo comune. Conciliazione di vita e lavoro e armonizzazione dei tempi delle città*, Franco Angeli, Milano, 2009, p. 129 ss.

<sup>694</sup> V., ad es., tra i contratti collettivi che attribuiscono un diritto alla riduzione dell'orario di lavoro, il CCNL per i dipendenti da aziende del terziario, della distribuzione e dei servizi, del 18 luglio 2008, art. 87 (Part-time post maternità): «1. Al fine di consentire ai lavoratori assunti a tempo pieno indeterminato l'assistenza al bambino fino al compimento del terzo anno d'età, le aziende accoglieranno, nell'ambito del 3% della forza occupata nell'unità produttiva, in funzione della fungibilità dei lavoratori interessati, la richiesta di trasformazione temporanea del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale da parte del genitore. 2. Nelle unità produttive che occupano da 20 a 33 dipendenti non potrà fruire della riduzione dell'orario più di un lavoratore. Il datore di lavoro accoglierà la

Particolarmente significativa nelle politiche *family friendly*, per quanto riguarda la flessibilità degli orari, è la reversibilità da part-time a full time. Qui, tralasciando i part-time temporanei istituiti dalla contrattazione collettiva, che sono strutturalmente di durata limitata, i contratti collettivi non sembrano però porre una disciplina migliorativa rispetto a quella legale, che prevede unicamente un diritto di precedenza nelle assunzioni con contratto a tempo pieno per l'espletamento delle stesse mansioni o di mansioni equivalenti a quelle oggetto del rapporto di lavoro a tempo parziale<sup>695</sup>.

Le esigenze di conciliazione, richiamate con riferimento alla fase genetica del rapporto di lavoro a tempo parziale, sono riprese anche in una serie di disposizioni che attengono alla fase funzionale. La disciplina legislativa prevede, come noto, limitazioni all'esercizio del potere unilaterale di modificare l'orario di lavoro. Ad esempio, le clausole elastiche e flessibili, sebbene recentemente il legislatore sia intervenuto per rendere nuovamente del tutto eventuale il ruolo della contrattazione collettiva<sup>696</sup>, continuano ad essere circondate da limiti e cautele.

Anche se il part-time sembra essere lo strumento contrattuale principe in materia di conciliazione, vi sono altri possibili strumenti di flessibilizzazione dell'orario di lavoro a favore della conciliazione con la vita familiare, in particolare il *flexi-time*, gli orari a isole e la banca delle ore, il telelavoro.

Quando si parla di *flexi-time*, ci si riferisce ad un sistema d'orario che permette al lavoratore di variare i propri tempi di entrata ed uscita dal lavoro, svolgendo però un numero standard di ore in un periodo dato.

Il modello dei cd. orari a isole è più complesso, ma offre notevoli potenzialità. Si tratta di un sistema di autogestione collettiva dei turni di lavoro: sulla base del carico di lavoro programmato dall'impresa, i lavoratori, inseriti in piccole unità organizzative chiamate isole, concordano tra loro, in maniera autonoma e a seconda dei rispettivi impegni, la distribuzione del proprio orario

---

richiesta in funzione della fungibilità dei lavoratori interessati ed in base al criterio della priorità cronologica della presentazione delle domande».

Tra i contratti collettivi che attribuiscono un'aspettativa alla riduzione dell'orario v., ad es., il CCNL per il personale dipendente da imprese esercenti servizi di telecomunicazioni, del 23 ottobre 2009, art. 18, comma 3: «Nel rispetto delle esigenze tecnico organizzative, l'azienda valuterà l'accoglimento di richieste per la trasformazione di rapporti di lavoro a tempo parziale. Inoltre, fatto salvo quanto previsto dal comma 1 dell'art. 12 bis del d.lgs. n. 61 del 2000, come modificato dalla legge n. 247 del 2007, è riconosciuta la priorità della trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale che risulti motivata da gravi e comprovati problemi di salute del ricorrente ovvero dalla comprovata necessità di assistenza continua di genitori, coniuge o convivente, figli o altri familiari conviventi, senza alcuna possibilità alternativa di assistenza, gravemente ammalati, o portatori di handicap o che accedano a programmi terapeutici e di riabilitazione per tossicodipendenti, ovvero per accudire figli conviventi fino a tredici anni di età o figli conviventi portatori di handicap ai sensi dell'art. 3, della legge n. 104 del 1992, ovvero alla partecipazione certificata a corsi di formazione e/o studio. In caso di trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno in rapporto di lavoro a tempo parziale, lo stesso potrà anche avere durata predeterminata che, di norma, non sarà inferiore a sei mesi e superiore a ventiquattro mesi ... ».

<sup>695</sup> È da segnalare che il diritto di precedenza è previsto solo per il part-time trasformato e non per quello originario: cfr. art. 12 *ter* del d.lgs. n. 61/2000, inserito dall'art. 1, comma 44, della l. n. 247/2007.

<sup>696</sup> Cfr., da ultimo, l'art. 22, comma 4, della l. n. 183/2011 (cd. decreto stabilità), che, «al fine di incentivare l'uso del contratto di lavoro a tempo parziale» ha eliminato la necessità di convalida della trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale presso la DPL ed ha reso eventuale il ruolo del contratto collettivo nella materia delle clausole elastiche e flessibili. In particolare, ai sensi dei nuovi commi 7 e 8 dell'art. 3, d.lgs. n. 61/2000, è di nuovo consentito alle parti individuali del contratto di concordare tali clausole, anche in assenza di regolazione collettiva, e il preavviso dovuto dal datore di lavoro prima del loro utilizzo scende da cinque a due giorni, fatte salve diverse intese tra le parti.

settimanale.

La banca delle ore (ovvero la capitalizzazione individuale del tempo) consiste nell'accantonamento, su un "conto individuale", di un numero di ore lavorative prestate in più oltre l'orario normale, la cui entità è definita dalla contrattazione. Nel corso dell'anno, il lavoratore potrà attingere al conto per godere riposi compensativi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva, con lo scopo di favorire la flessibilità di lavoro e, solo in via residuale, di monetizzare le ore effettuate oltre l'orario normale.

Una forma di conciliazione tra vita familiare e lavoro è rappresentata pure dal telelavoro, ovvero quella forma di organizzazione o di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione e permette di svolgere un'attività lavorativa al di fuori delle mura della impresa.

Da indagini empiriche, sia pure condotte in relazione ad alcuni limitati settori contrattuali (sanità e terziario, telecomunicazioni)<sup>697</sup>, non sembra che l'apporto della contrattazione collettiva sia particolarmente incisivo, sia con riguardo alla disciplina degli istituti tradizionali dei congedi, sia con riguardo al tema della flessibilità degli orari in funzione della conciliazione.

E ciò, nonostante la politica di incentivazione della flessibilità oraria di cui al già menzionato art. 9 della l. n. 53/2000 (che prevede l'attribuzione di contributi in favore di datori di lavoro privati che attuino specifici programmi di conciliazione per la fruizione di regimi orari flessibili, programmi di reinserimento dei lavoratori dopo la fruizione dei congedi parentali o servizi di assistenza a favore di lavoratori con figli minori; e finanzia pure progetti di sostituzione dell'imprenditore o del lavoratore autonomo che godano dei congedi parentali). Secondo gli ultimi dati a disposizione<sup>698</sup>, fra il 2001 e il 2008 sono stati presentati solo 1223 progetti, di cui 683 finanziati.

Il sostanziale insuccesso delle precedenti politiche di incentivazione ha indotto il Ministro del lavoro e le parti sociali a tornare nuovamente sull'argomento delle politiche *family friendly*. Con un accordo del 7 marzo 2011<sup>699</sup>, che non è altro che un protocollo di intenti, si sono sottolineate le potenzialità della contrattazione di secondo livello ai fini della miglior distribuzione degli orari e l'utilità di azioni di raccolta, analisi e disseminazione di buone pratiche.

Sembra che ci si stia avviando verso politiche aziendali di tipo volontaristico, nell'alveo della responsabilità sociale dell'impresa: si pensi all'istituzione di premi o di marchi *family friendly* da destinare alle imprese che si distinguono per l'impegno nella conciliazione tra vita privata, famiglia e lavoro<sup>700</sup>. Questi premi non solo permettono alle imprese di ottenere una assegnazione di denaro, ma permettono anche la visibilità delle stesse e, quindi, un ritorno di immagine.

## 6. Nuovi rapporti tra sessi e generazioni.

Mi avvio rapidamente alla conclusione. Il limite della nostra impostazione normativa, ma anche

<sup>697</sup> Cfr. E. PIETANZA, *I contributi della contrattazione collettiva alle istanze di conciliazione vita/lavoro*, cit., spec. p. 170 ss.

<sup>698</sup> Cfr. D. GOBBI, *Conciliare famiglia e lavoro: un aiuto dai fondi articolo 9 della Legge 53/2000*, Focus ISFOL, 2, 2009, [www.isfol.it](http://www.isfol.it).

<sup>699</sup> V. il commento, positivo, di A. OCCHINO, *Orari flessibili e libertà*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, p. 191 ss.

<sup>700</sup> ...ad es., il premio "Amico della famiglia" istituito dal Dipartimento per le politiche familiari con decreto del 20 maggio 2011; e il premio "Famiglia/Lavoro" istituito dalla Regione Lombardia: v. [www.premiofamiglialavoro.regione.lombardia.it](http://www.premiofamiglialavoro.regione.lombardia.it).

culturale<sup>701</sup>, è, come è noto, una scarsa partecipazione dei padri al lavoro di cura della famiglia, che poi si traduce in una scarsa partecipazione delle donne al mercato del lavoro. Il tasso di occupazione femminile è da noi al 46%, dunque tra i peggiori in Europa (siamo penultimi), anche se con diversificazioni molto accentuate all'interno del territorio nazionale.

Secondo uno studio Bankitalia, con un tasso di occupazione al 60% (che era l'obiettivo di Lisbona) il PIL italiano crescerebbe del 7%<sup>702</sup>. Ma la maggior partecipazione delle donne al mercato del lavoro non deve essere vista solo in chiave economica, se è vero che vi è una connessione tra (maggiore) partecipazione al mercato del lavoro e (maggiore) tasso di natalità, che evidentemente si collega alla maggior crescita reddituale del nucleo familiare<sup>703</sup>.

L'orizzonte della conciliazione, come più volte suggerito, sussume – ma in qualche misura pure si confonde con – l'obiettivo delle pari opportunità tra uomini e donne nella società e nel mercato del lavoro<sup>704</sup>, lasciando così non tematizzati alcuni aspetti, come l'obiettivo del benessere del bambino o la cura dei genitori non autosufficienti. Eppure l'invecchiamento della popolazione è innanzitutto invecchiamento delle parentele e sposta la domanda di cura in direzione della quota più vecchia e fragile della parentela stessa. È un tema, questo, che non appare neppure particolarmente accentuato nelle indicazioni europee sulla conciliazione: eppure una adeguata protezione in ambito familiare agli anziani non autosufficienti consente ai componenti del nucleo familiare di mantenersi attivi nel mercato del lavoro e, al tempo stesso, offre nuove occasioni di lavoro nel terzo settore e nei servizi di cura alla persona.

## 7. Conclusioni.

Se si assume quest'ottica più inclusiva ed onnicomprensiva forse il diritto del lavoro, inteso come regolazione eteronoma dei rapporti di lavoro alla ricerca di un equilibrio tra esigenze della produzione e diritti della persona, non ha più molto da dire, a parte le indicazioni che verranno dalla contrattazione collettiva. Sono soprattutto le politiche di welfare e in particolare le politiche fiscali, assistenziali, dei servizi e, perché no, della casa, che devono essere riorientate, in modo da rendere effettive le condizioni di tutela della famiglia in una società composta da persone che siano davvero pienamente libere e responsabili. Con la consapevolezza, una volta stabilito questo quadro, che gli atteggiamenti e le preferenze hanno un ruolo che non può essere trascurato nel modo in cui i singoli e le coppie strutturano il proprio sistema famiglia – lavoro, in particolare nel modo in cui percepiscono le opzioni possibili e legittime.

<sup>701</sup> Sotto questo profilo deve essere valutato con favore l'art. 56 del d.d.l. n. 3249, "Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita", nel testo presentato al Senato il 5 aprile 2012, che si pone l'obiettivo della *condivisione* e prevede il congedo obbligatorio, se pure per soli tre giorni, del padre lavoratore entro i cinque mesi dalla nascita del figlio.

<sup>702</sup> Secondo quanto riportato da *Corriere della Sera*, 19 ottobre 2011.

<sup>703</sup> Cfr. D. DEL BOCA, A. ROSINA, *Famiglie sole*, Il Mulino, Bologna, 2009, spec. p. 74.

<sup>704</sup> Cfr., in generale, M. V. BALLESTRERO, G. DE SIMONE (a cura di), *Persone, lavori, famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi economica*, Giappichelli, Torino, 2009; L. CALAFÀ, D. GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 2009.

## La disoccupazione giovanile in tempo di crisi: un monito all'Europa (continentale) per rifondare il diritto del lavoro?\*

Michele Tiraboschi

1. Posizione del problema.	276
2. Disoccupazione giovanile: le prospettive di analisi offerte al giurista del lavoro da una indagine comparata.	278
3. <i>Flexicurity</i> e apprendistato: i limiti della proposta del c.d. "contratto unico".	284
4. Le (principali) determinanti della disoccupazione giovanile: sistema educativo, transizione scuola-lavoro, istituzioni del mercato del lavoro, sistema di relazioni industriali.	289
5. Prospettive per una ricerca interdisciplinare.	294

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 91/2012

## 1. Posizione del problema.

Decisori politici, attori sociali e opinione pubblica seguono con attenzione e crescente preoccupazione il drastico peggioramento della disoccupazione giovanile. In Europa più che altrove <sup>(705)</sup>. Tutte le principali istituzioni internazionali <sup>(706)</sup> – confortate, in questo, dalle analisi degli esperti del mercato del lavoro <sup>(707)</sup> – sembrano confermare, del resto, come i giovani siano stati il gruppo più colpito dalla “grande crisi” che ha preso avvio nel 2007 con il collasso dei mercati finanziari. Così come è del tutto naturale, in una stagione di persistente recessione e pesanti sacrifici richiesti ai lavoratori <sup>(708)</sup>, che apprensioni e speranze si concentrino sul futuro e, conseguentemente, sul destino (anche occupazionale) delle più giovani generazioni.

È da tempo noto, invero, come il concetto di disoccupazione sia diventato via via sempre meno appropriato per descrivere le numerose criticità del rapporto tra giovani e lavoro <sup>(709)</sup>. Altrettanto importanti, ancorché dibattuti e maggiormente controversi, sono, in effetti, ulteriori fenomeni che colpiscono prevalentemente i giovani nella difficile transizione dalla scuola al lavoro. Inattività, precariato e sotto-salario *in primis* <sup>(710)</sup>.

Ciò nondimeno la disoccupazione resta, ancora oggi, uno dei principali indicatori perché in grado di segnalare in termini essenziali e immediati, anche per i non addetti ai lavori, la posizione di particolare vulnerabilità dei giovani nel mercato del lavoro. Un dato, questo, strutturale nella maggior parte dei Paesi (industrializzati e non) e che certamente risale, dati alla mano <sup>(711)</sup>, a molto prima della crisi economica e finanziaria degli ultimi anni. Al punto che non si è esitato a parlare, tra gli esperti in materia, di un *déjà vu* <sup>(712)</sup>.

L'inquietudine per gli alti tassi di disoccupazione giovanile non è, dunque, una vera e propria novità. Ciò che appare decisamente nuovo, almeno rispetto al dibattito pubblico e al confronto politico-istituzionale del recente passato, è semmai il tono di enfasi con cui il tema (del futuro) dei

<sup>(705)</sup> Alquanto diversa è, del resto, la prospettiva culturale attraverso cui il problema della disoccupazione giovanile viene visto e analizzato in altre aree del globo e, segnatamente, nei Paesi in via di sviluppo. Rinvio sul punto a I. SENATORI, M. TIRABOSCHI, *La sfida della occupazione giovanile nel mercato globale tra produttività del lavoro e investimento in capitale umano*, in *q. Rivista*, 2008, n. 3.

<sup>(706)</sup> Cfr., a titolo meramente esemplificativo, ILO, *World of Work Report 2012. Better jobs for a better economy*, International Labour Office, Geneva, 2012; ILO, *Global Employment Trends for Youth. August 2010*, International Labour Office, Geneva, 2010; J. MARTIN, *Unfinished Business: Investing in Youth*, in *OECD Employment Outlook 2011*; OECD, *Off to a Good Start? Jobs for Youth*, 2010.

<sup>(707)</sup> Cfr., per tutti, S. VERICK, *Who Is Hit Hardest during a Financial Crisis? The Vulnerability of Young Men and Women to Unemployment in an Economic Downturn*, IZA Discussion Paper, 2009, n. 4359, su cui si vedano, tuttavia, i condivisibili rilievi critici di N. O'HIGGINS, *This Time It's Different? Youth Labour Market During the Great Recession*, IZA Discussion Paper, 2012, n. 6434, spec. § 2, entrambi in [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it), indice A-Z, voce *Lavoratori giovani*. Per un quadro d'insieme del dibattito scientifico in materia cfr. altresì F. FAZIO, A.M. WELEMARIAM (a cura di), *Young Workers in Recessionary Times*, Literature Review, in *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, 2012, n. 3-4, settembre-dicembre 2012 (ADAPT University Press).

<sup>(708)</sup> Più che indicativo, al riguardo, è il monitoraggio effettuato dal *World of Work Report 2012* dell'ILO (cit. alla nota 2) sulle misure che hanno colpito i lavoratori in termini di riduzione di tutele.

<sup>(709)</sup> In questo senso cfr., tra i primi, O. MARCHAND, *Youth Unemployment in OECD Countries: How Can the Disparities Be Explained?*, in OECD, *Preparing Youth for the 21st Century – The Transition from Education to the Labour Market*, 1999, 89, in [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it), indice A-Z, voce *Lavoratori giovani*.

<sup>(710)</sup> Il tema è stato affrontato in M. TIRABOSCHI, *Young People and Employment in Italy: The (Difficult) Transition from Education and Training to the Labour Market*, in *IJLLIR*, 2006, 81 ss.

<sup>(711)</sup> Cfr., tra i tanti, N. O'HIGGINS, *op. cit.*

<sup>(712)</sup> Così D.N.F. BELL, D.G. BLANCHFLOWER, *Youth Unemployment: Déjà Vu*, IZA Discussion Paper, 2010, n. 4705, in [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it), indice A-Z, voce *Lavoratori giovani*.

giovani viene ora “utilizzato”, soprattutto in Europa, per giustificare – o forse anche per imporre, sotto la regia delle istituzioni centrali, a Stati-Nazione sottoposti a rilevanti limitazioni di sovranità<sup>(713)</sup> – imponenti processi di riforma e deregolazione del mercato del lavoro.

Sarebbero cioè le regole del diritto del lavoro e, segnatamente, gli elevati livelli di protezione in materia di cessazione del rapporto di lavoro a spiegare gli alti livelli di disoccupazione giovanile e il costante incremento dell'utilizzo, da parte delle imprese, di forme di lavoro atipiche e temporanee.

E fin qui nulla di nuovo sotto il sole se non fosse che – in una stagione eccezionale di crisi e perdurante recessione – ai padri verrebbero ora chiesti sacrifici “accettabili” in quanto non fini a se stessi, ma utili e necessari per garantire un futuro occupazionale ai loro figli. Di modo che la “grande crisi” ha agito alla stregua di un vero e proprio catalizzatore<sup>(714)</sup> per quei processi di riforma e liberalizzazione dei mercati del lavoro da tempo auspicati, almeno da molti, senza tuttavia poter essere portati a termine per la mancanza di adeguato consenso politico e soprattutto sociale.

Particolarmente emblematica, in questa prospettiva, è una intervista al *Wall Street Journal* del Presidente della Banca centrale europea, Mario Draghi<sup>(715)</sup>, che proprio in nome del futuro delle giovani generazioni ha messo in discussione, nel pieno della crisi internazionale, la persistente sostenibilità del c.d. “modello sociale europeo” sollecitando, conseguentemente, una tassativa riforma dei diritti nazionali del lavoro presenti in Europa troppo squilibrati, nella attuale fase di recessione, a favore degli *insiders* e cioè degli adulti.

E così è avvenuto in molti Paesi europei, a cavallo tra il 2008 e il 2012<sup>(716)</sup>, attraverso interventi legislativi impopolari, in termini di riduzione dei tassi di protezione del diritto del lavoro, che sono stati presentati a una opinione pubblica sempre più disorientata e indifesa in termini di sacrificio ineludibile, nell'attuale contesto macro-economico, per poter offrire un futuro lavorativo e pensionistico (anche) alle più giovani generazioni<sup>(717)</sup>.

Il trend non è solo europeo se è vero che, nello stesso arco di tempo, ben 40 dei 131 Paesi che aderiscono all'ILO hanno ridotto i livelli di tutela del lavoro standard<sup>(718)</sup>. Il fenomeno appare

<sup>(713)</sup> Per questa lettura vedi, tra i tanti, A. BAYLOS, *Crisi del diritto del lavoro o diritto del lavoro in crisi? La riforma del lavoro spagnola del 2012*, che precede in *q. Fascicolo*.

<sup>(714)</sup> In questo senso si veda OECD, *Economic Policy Reforms. Going for Growth*, 2012.

<sup>(715)</sup> Intervista a Mario Draghi (*Interview Transcript*), in B. BLACKSTONE, M. KARNITSCHNIG, R. THOMSON, *Europe's Banker Talks Tough*, in *The Wall Street Journal*, 24 febbraio 2012, anche in *Adapt International Bulletin*, 2012, n. 7.

<sup>(716)</sup> Per una rassegna dei principali interventi adottati dai Governi nazionali in Europa, con o senza il consenso delle parti sociali, cfr. M. SIMMS, *Helping young workers during the crisis: contributions by social partners and public authorities*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2011, spec. 20 ss., in [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it), indice A-Z, voce *Lavoratori giovani*. Si veda anche ILO, *World of Work Report 2012. Better jobs for a better economy*, cit.

<sup>(717)</sup> Cfr., per l'Italia, il discorso di insediamento alle Camere del Primo Ministro Mario Monti, in [www.governo.it](http://www.governo.it). Il richiamo alle opportunità per le giovani generazioni è comunque una costante della “comunicazione” del Governo italiano. Si veda, in particolare, M. MONTI, *Italy's Labor Reforms Are Serious and Will Be Effective*, in *The Wall Street Journal*, 6 aprile 2012, anche in *Adapt International Special Bulletin*, 2012, n. 1.

<sup>(718)</sup> Si veda ILO, *World of Work Report 2012. Better jobs for a better economy*, cit., qui 35 ss. Con specifico riferimento alle misure adottate in favore della occupazione giovanile cfr. invece B. HA, C. MCINERNEY, S. TOBIN, R. TORRES, *Youth employment in crisis*, International Institute of Labour Studies Discussion Paper, 2010, n. 201, in [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it), indice A-Z, voce *Lavoratori giovani*.

tuttavia particolarmente rilevante nelle economie avanzate e, segnatamente, nell'Europa centro-meridionale dove l'83% delle riforme per contenere la crisi ha riguardato appunto i livelli di protezione del diritto del lavoro e, segnatamente, le discipline di legge in materia di licenziamenti per motivi economici <sup>(719)</sup>.

Obiettivo del presente contributo è valutare se, in un contesto di drastico peggioramento dei fondamentali economici e di scarsità di risorse pubbliche per sussidi, politiche di *job creation* e incentivi occupazionali <sup>(720)</sup>, la deregolazione degli attuali assetti normativi del diritto del lavoro presenti in Europa e, in particolare, delle discipline di tutela contro i licenziamenti illegittimi possa davvero rappresentare una (se non l'unica) risposta plausibile per contrastare il fenomeno della disoccupazione giovanile.

## 2. Disoccupazione giovanile: le prospettive di analisi offerte al giurista del lavoro da una indagine comparata.

È certamente intuitiva la circostanza che elevati livelli di tutela offerti agli *insiders* possano scoraggiare o penalizzare gli *outsiders* del mercato del lavoro e dunque i giovani. In questa prospettiva si è mossa, già sul volgere dello scorso secolo, l'OECD con la pubblicazione del celebre *Jobs Study* <sup>(721)</sup>. Diversi studi successivi, tuttavia, hanno messo in discussione la rilevanza dei livelli di protezione del diritto del lavoro in sé considerati sui tassi complessivi di disoccupazione e disoccupazione giovanile in particolare <sup>(722)</sup>.

Esistono, in effetti, pochi elementi a conferma di come le condizioni occupazionali dei giovani siano migliori nei Paesi con un mercato del lavoro deregolamentato o, comunque, flessibile <sup>(723)</sup>. Mentre non pochi studi suggeriscono, per contro, come i livelli di protezione del lavoro abbiano favorito e non peggiorato, almeno in una prospettiva di medio periodo, le condizioni occupazionali dei giovani durante la "grande crisi" <sup>(724)</sup>.

È del resto parimenti intuitivo che, anche in un mercato del lavoro largamente deregolamentato in entrata e in uscita, i giovani possano risultare nondimeno scoraggiati o penalizzati, rispetto agli adulti, per mancanza di esperienza o robuste reti di relazioni sociali nella ricerca di una occupazione, minore produttività, carenza di competenze o profili professionali inadeguati, concorrenza

<sup>(719)</sup> Cfr. ancora ILO, *World of Work Report 2012. Better jobs for a better economy*, cit.

<sup>(720)</sup> La letteratura, oltre ad aver evidenziato le "trappole" e i "rischi" dei sussidi pubblici per l'inoccupazione e la disoccupazione giovanili, ha ampiamente documentato i limiti delle politiche di *job creation* che presentano deboli (se non anche negativi) effetti in termini di costi e benefici. In tema cfr. P. RYAN, *The School-to-Work Transition: A Cross-National Perspective: Corrigendum*, in *Journal of Economic Literature*, 2001, vol. 39, n. 3, 767 ss., e J. BOONE, J.C. VAN OURS, *Effective Active Labor Market Policies*, IZA Discussion Paper, 2004, n. 1335. Per una valutazione d'insieme rinvio a M. TIRABOSCHI, *Young People and Employment in Italy: The (Difficult) Transition from Education and Training to the Labour Market*, cit.

<sup>(721)</sup> OECD, *The OECD Jobs Study. Facts, Analysis, Strategies*, 1994.

<sup>(722)</sup> Cfr. S. NICKELL, *Unemployment and Labor Market Rigidities: Europe versus North America*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1997, vol. 11, n. 3; D. BAKER, A. GLYN, D. HOWELL, J. SCHMITT, JOHN, *Labor Market Institutions and Unemployment: A Critical Assessment of the Cross-Country Evidence*, in D. HOWELL (a cura di), *Fighting Unemployment: The Limits of Free Market Orthodoxy*, Oxford University Press, Oxford, 2004; S. NICKELL, L. NUNZIATA, W. OCHEL, *Unemployment in the OECD Since the 1960s: What Do We Know?*, in *The Economic Journal*, vol. 115, n. 500, 2005; A. BASSANINI, R. DUVAL, *Employment Patterns in OECD Countries: Reassessing the Role of Policies and Institutions*, OECD Social, Employment and Migration Working Paper, 2006, n. 35.

<sup>(723)</sup> F. FAZIO, A.M. WELEMARIAM (a cura di), *op. cit.*

<sup>(724)</sup> *Ibidem*.

da parte di lavoratori migranti disponibili a tipologie di lavori ovvero a condizioni contrattuali ritenuti inaccettabili o non graditi alla popolazione autoctona <sup>(725)</sup>.

Un giurista del lavoro, come è chi scrive, non dispone di una strumentazione tecnica e concettuale sufficiente per entrare nel merito di una discussione, peraltro tutt'ora aperta tra gli economisti del lavoro, sugli effetti del quadro normativo di organizzazione e disciplina del mercato del lavoro. Forte della esatta (o, quantomeno, migliore) conoscenza del quadro normativo e istituzionale di riferimento, il giurista del lavoro può tuttavia offrire agli economisti una diversa chiave di lettura del possibile impatto dei livelli di tutela del lavoro sui tassi di disoccupazione giovanile.

Che questa sia, del resto, la vera sfida da cogliere lo indica, da almeno un decennio, una istituzione di prestigio come l'ILO quando rileva come gli indicatori oggi disponibili siano perfettamente in grado di fornire un quadro informativo analitico e dettagliato circa la esatta condizione dei giovani nei mercati del lavoro delle diverse regioni del mondo. Cosicché, sempre a parere dell'ILO, il vero punto critico pare piuttosto «quello di come migliorare tale condizione occupazionale facendo uso dei numerosi indicatori esistenti» <sup>(726)</sup>.

Ebbene, quelli che per un economista del lavoro possono essere semplici dati di fatto empiricamente osservabili – se non anche i punti di arrivo della propria ricerca – per un giurista del lavoro possono invece diventare, almeno là dove si adotti una prospettiva di indagine comparata, spunti di riflessione utili per valutare con maggiore precisione il funzionamento delle istituzioni del mercato del lavoro e, segnatamente, l'impatto dei livelli di protezione del lavoro sulla disoccupazione giovanile.

Analizzando in chiave comparata i principali indicatori del mercato del lavoro – prima e dopo la “grande crisi” <sup>(727)</sup> – colpisce, in primo luogo, la diversa *ratio* presente in uno stesso Paese tra disoccupazione dei giovani e disoccupazione degli adulti (si veda il grafico 1).

Per un giurista del lavoro colpisce, in particolare, il fatto che in alcuni Paesi la disoccupazione giovanile sia sostanzialmente in linea con quella degli adulti (Germania, Svizzera), e che in altri Paesi – elevata o contenuta poco importa – la disoccupazione giovanile sia all'incirca il doppio (Portogallo, Danimarca, Spagna, Stati Uniti) e in altri il triplo se non oltre rispetto a quella degli adulti (Italia, Grecia, Regno Unito, Svezia).

Una rappresentazione “geografica” dei diversi tassi di disoccupazione giovanile consente in effetti di affermare, intuitivamente e in linea di prima approssimazione, che la disoccupazione giovanile non è un problema o, comunque, non è uno specifico problema nei Paesi (ordinamenti, direbbe il giurista) che fanno largo ricorso all'apprendistato non tanto in termini di contratto di lavoro “temporaneo”, quanto quale strumento di placement <sup>(728)</sup> nella prospettiva cioè di una maggiore

<sup>(725)</sup> Cfr., in relazione alle condizioni dei mercati interni e ai mercati esterni del lavoro, D.N.F. BELL, D.G. BLANCHFLOWER, *op. cit.*, 2. In questa prospettiva si veda anche ILO, *Global Employment Trends for Youth. August 2010*, cit.

<sup>(726)</sup> Così ILO, *Global Employment Trends for Youth*, International Labour Office, Geneva, 2006, in [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it), indice A-Z, voce *Lavoratori giovani*.

<sup>(727)</sup> Per un confronto comparato sulla attuale condizione occupazionale dei giovani cfr. il contributo di F. FAZIO, *Young workers in recessionary times: a cross-country perspective*, in *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, 2012, in corso di pubblicazione (ADAPT University Press).

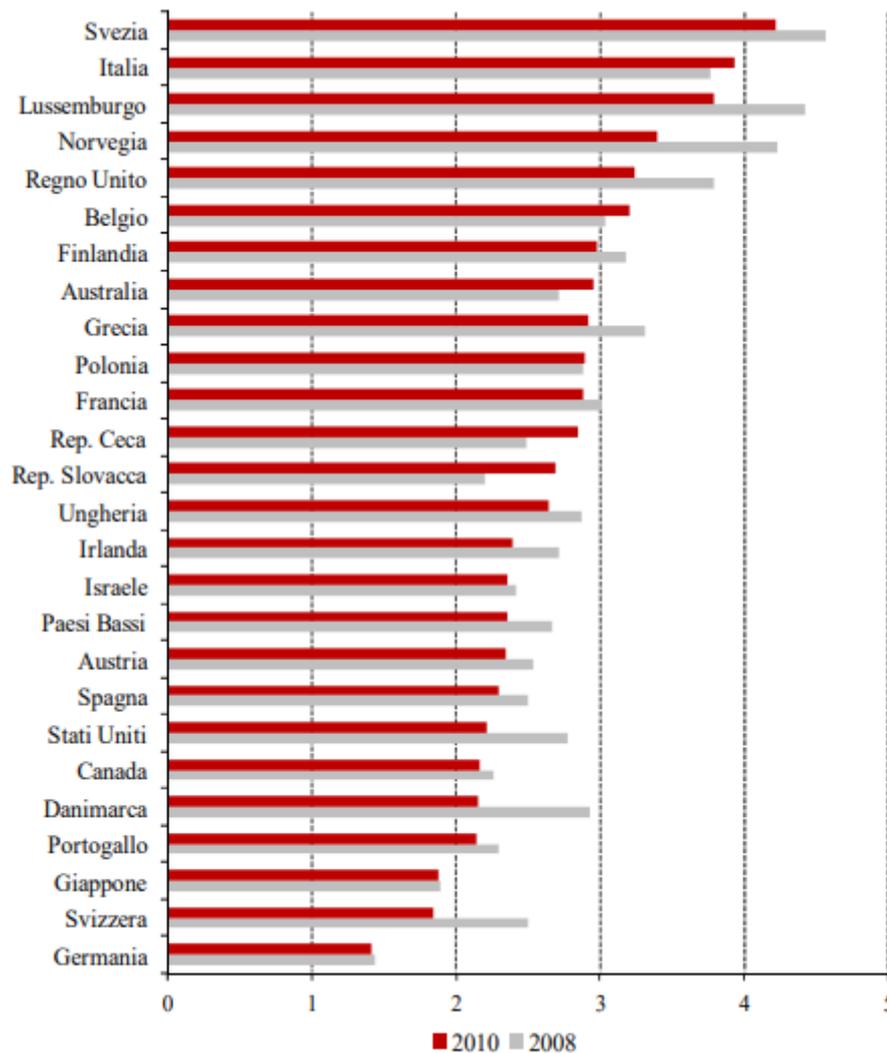
<sup>(728)</sup> Cfr., al riguardo, il saggio di P. RYAN, *Apprendistato: tra teoria e pratica, scuola e luogo di lavoro*, in *q. Rivista*, 2011, n. 4, che analizza l'idealtipo, raffigurato nella pratica dalla esperienza tedesca, in contrapposizione alla opacità dei sistemi orientati al mercato e al contratto quali Italia e Regno Unito.

e migliore integrazione tra sistema educativo di istruzione e formazione e mercato del lavoro (si veda il grafico 2).

Lo stesso può dirsi con riferimento al problema della inattività, e cioè del fenomeno dei c.d. NEET (*not in employment, education or training*), che è meno grave nei Paesi dove è radicato l'apprendistato come strumento per l'acquisizione di titolo di studio del sistema educativo secondario (si veda il grafico 3).

Non solo. I Paesi che registrano le migliori performance in materia di occupazione giovanile, come Austria e Germania, conoscono, al tempo stesso, alcuni dei livelli più elevati di protezione del lavoro e, segnatamente, di tutela contro i licenziamenti illegittimi (si veda il grafico 4).

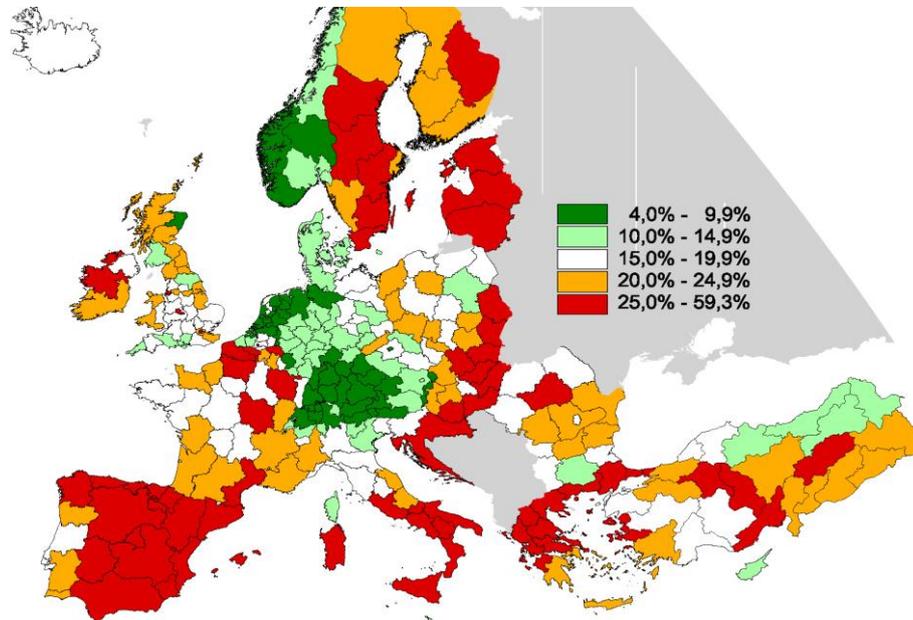
Grafico 1 – Tasso di disoccupazione giovanile relativo (2008 e 2010)



Nota: il tasso di disoccupazione giovanile relativo è il rapporto fra la disoccupazione giovanile (15-24 anni) e quella adulta (25-64 anni).

Fonte: elaborazione su dati OECD

Grafico 2 – Tasso di disoccupazione giovanile (2010)

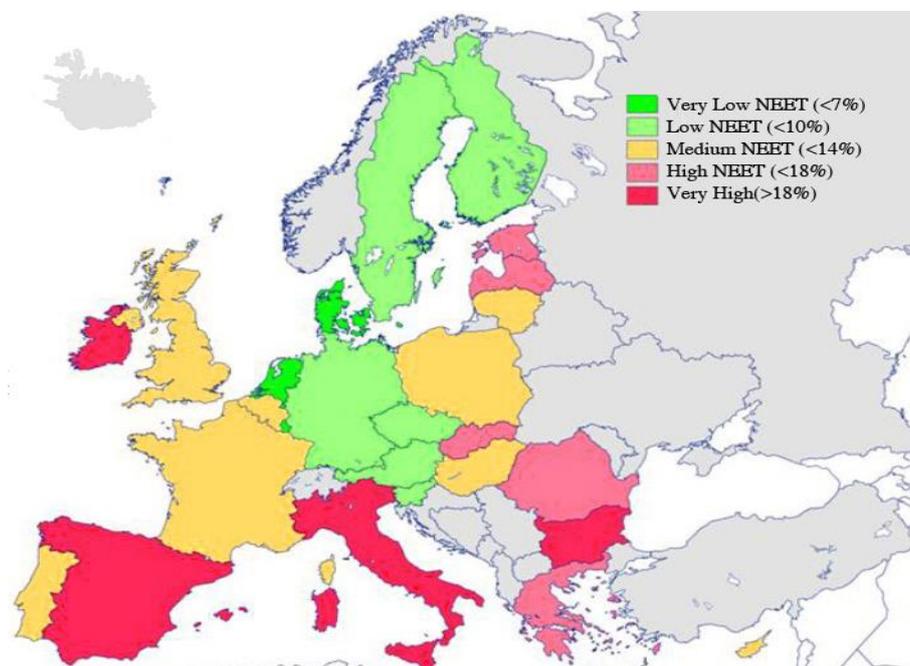


Fonte: Eurostat

Mentre è vero che i Paesi con la legislazione più liberista in materia di licenziamento, come Danimarca, Regno Unito e Stati Uniti, registrano elevati tassi di disoccupazione giovanile. Non siamo certamente ai livelli dei peggiori Paesi europei, come Francia, Italia e Spagna, ma comunque pari al doppio di quanto si registra nei Paesi più virtuosi.

Quella che è una semplice constatazione empirica pare dunque rafforzare le convinzioni di chi ritiene che le principali barriere di ingresso dei giovani nel mercato del lavoro risiedano non tanto nel quadro regolatorio di riferimento quanto piuttosto nei percorsi di transizione dalla scuola al lavoro e, segnatamente, nella assenza o debolezza degli strumenti di incontro tra la domanda e l'offerta di lavoro.

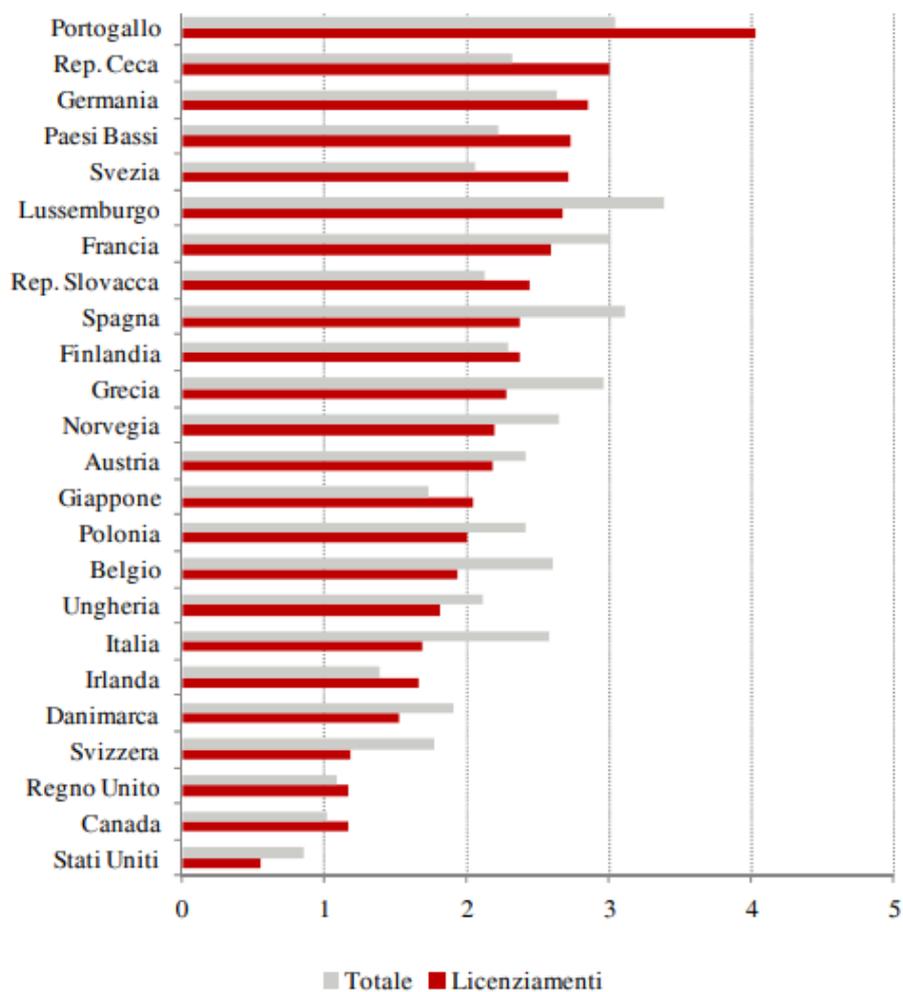
Grafico 3 – Tasso di NEET (2010)



Fonte: Eurostat

Un incontro pensato, ovviamente, non solo e non tanto in termini statici, e in funzione della sola presenza di più o meno affidabili servizi (pubblici o privati) per il lavoro, quanto in relazione alla costruzione di percorsi educativi coerenti, in termini di formazione e competenze, con le esigenze attuali e future, in termini di fabbisogni professionali, del mercato del lavoro.

Grafico 4 – Indici di protezione del lavoro totale e contro i licenziamenti individuali (2008)



Fonte: elaborazione su dati OECD

### 3. *Flexicurity* e apprendistato: i limiti della proposta del c.d. “contratto unico”.

Anche i Paesi della c.d. *flexicurity*, fortemente sponsorizzata dalle istituzioni comunitarie <sup>(729)</sup>, registrano dati tendenzialmente positivi in materia di occupazione giovanile (si veda il grafico 5), con alti tassi di occupazione e bassi tassi di disoccupazione.

Circostanza, questa, che ha indotto non pochi osservatori a prospettare anche per i Paesi dell'Europa centro-meridionale – dapprima in Francia <sup>(730)</sup> e poi, a seguire, in Italia <sup>(731)</sup> e Spagna <sup>(732)</sup> – la suggestione del c.d. “contratto unico” e cioè l'adozione per via legislativa di uno schema contrattuale appunto unico o comunque prevalente di lavoro subordinato a tempo indeterminato fortemente alleggerito, in termini di protezione contro i licenziamenti ingiustificati, ma adeguatamente bilanciato, sul versante delle tutele (non più nel contratto quanto) nel mercato del lavoro, da un generoso sistema universale di ammortizzatori sociali in grado di accompagnare il lavoratore nelle inevitabili e sempre più frequenti transizioni occupazionali.

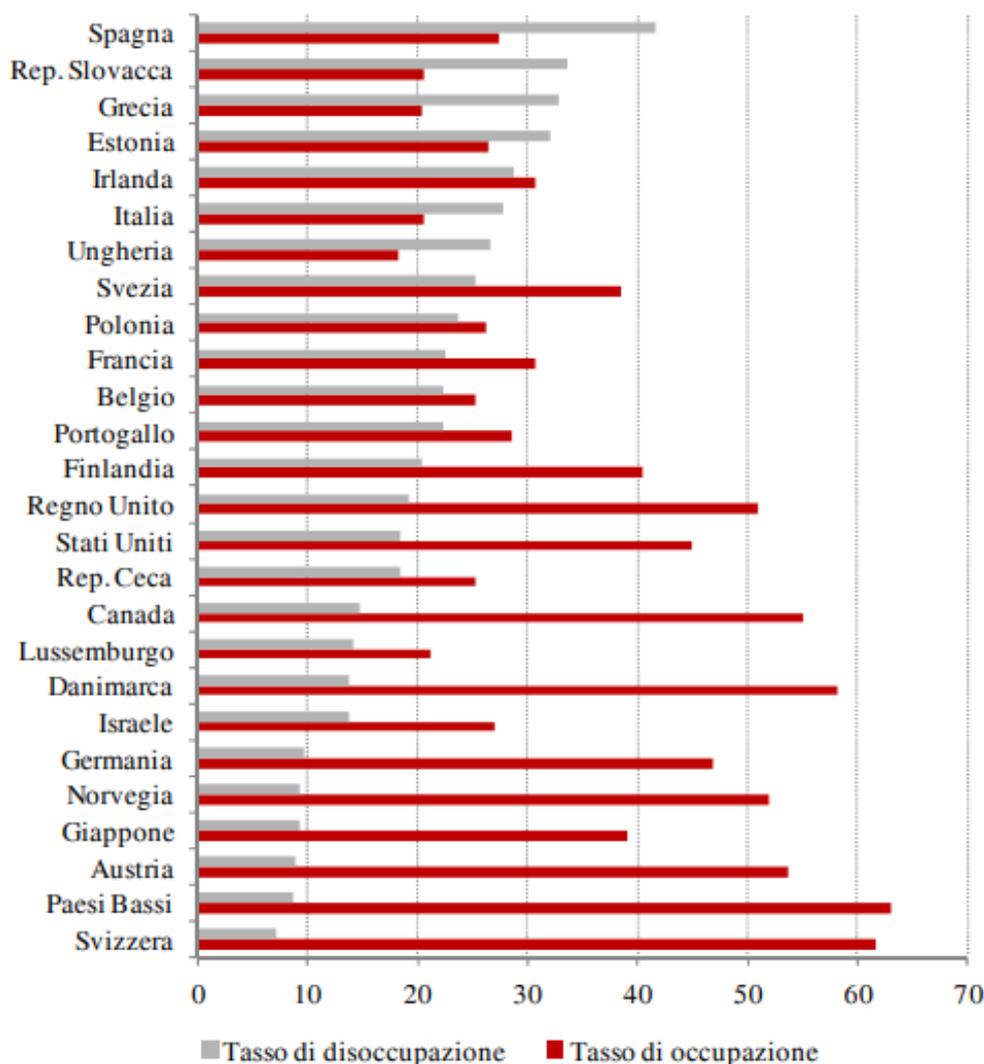
<sup>(729)</sup> Si vedano il Libro Verde della Commissione Europea, *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo* (COM(2006)708 def.), e, a seguire, la comunicazione della Commissione Europea del 27 giugno 2007, *Verso principi comuni di flessicurezza: Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza* (COM(2007)359 def.).

<sup>(730)</sup> O. BLANCHARD, J. TIROLE, *Contours of Employment Protection Reform*, in K.V. VELUPILLAI (a cura di), *Macroeconomic Theory and Economic Policy. Essays in honour of Jean-Paul Fitoussi*, Routledge, New York, 2004; P. CAHUC, F. KRAMARZ, *De la précarité à la mobilité: vers une Sécurité sociale professionnelle*, in *La Documentation Française*, Paris, 2005.

<sup>(731)</sup> Cfr., in dottrina, T. BOERI, P. GARIBALDI, *Un nuovo contratto per tutti*, Chiarelettere, Milano, 2008. Tra le numerose proposte di legge cfr. Senato della Repubblica, 11 novembre 2009, ddl n. 1873, *Codice dei rapporti di lavoro. Modifiche al Libro V del codice civile*; Senato della Repubblica, 25 marzo 2009, ddl n. 1481, *Disposizioni per il superamento del dualismo del mercato del lavoro, la promozione del lavoro stabile in strutture produttive flessibili e la garanzia di pari opportunità nel lavoro per le nuove generazioni*; Senato della Repubblica, 5 febbraio 2010, ddl n. 2000, *Istituzione del contratto unico di ingresso*; Camera dei Deputati, 22 luglio 2009, ddl n. 2630, *Disposizioni per l'istituzione di un contratto unico di inserimento formativo e per il superamento del dualismo del mercato del lavoro*; Camera dei Deputati, 8 aprile 2011, ddl n. 4277, *Deleghe al Governo per l'adozione di norme in materia di disciplina dei rapporti di lavoro, di formazione e di misure di protezione sociale per favorire l'accesso dei giovani al lavoro*.

<sup>(732)</sup> J. ANDRÉS, S. BENTOLILA, J.J. DOLADO, F. FELGUEROSO, *Propuesta para la reactivación laboral en España*, FEDEA, 2009.

Grafico 5 – Tassi di occupazione e disoccupazione giovanili (2010)



Fonte: elaborazione su dati OECD

La suggestione – e il limite – della proposta del contratto unico è tutta qui: nella irragionevole convinzione – che nessuno ha osato avanzare neppure in una epoca come quella fordista caratterizzata, come noto, da modelli di produzione e organizzazione del lavoro tendenzialmente standardizzati – di poter contrastare il dualismo dei mercati del lavoro europei ingabbiando dentro un unico rigido schema contrattuale la multiforme e sempre più diversificata realtà dei moderni modi di lavorare e produrre. Vietando, conseguentemente, le forme di lavoro autonomo e coordinato, ancorché genuine. Comprimendo in una rigida casistica le ipotesi di legittimo ricorso al

lavoro a termine, vietandolo anche là dove esista una plausibile ragione tecnica, organizzativa o produttiva. Negando la valenza formativa ed educativa del lavoro attraverso contratti di ingresso incentivati per i gruppi svantaggiati e il contratto di apprendistato per i giovani che, nell'ambito di tutti i principali progetti di riforma avanzati, sarebbero stati drasticamente eliminati a favore di una flessibilità pura e malamente bilanciata da una semplice monetizzazione della piena libertà di licenziamento.

Una soluzione di questo tipo penalizzerebbe, a ben vedere, non solo il sistema delle imprese, ma prima ancora gli stessi lavoratori. A partire proprio dai giovani e dai molti lavoratori esclusi dal mercato del lavoro che, molto plausibilmente, sarebbero divenuti vittime sacrificali predestinate non più al "precariato" ma al lavoro "nero" e alla economia sommersa. Perché ad essi sarebbero preclusi non solo gli stage, i contratti a contenuto formativo e le collaborazioni a progetto, ma anche, almeno nei primi anni di assunzione alle dipendenze di un medesimo datore di lavoro o committente, tutti i regimi di tutela della stabilità della occupazione.

Si spiega così perché la suggestione del "contratto unico" sia stata presto abbandonata in tutti i Paesi in cui era stata avanzata per essere sostituita, almeno in Francia <sup>(733)</sup> e Italia <sup>(734)</sup>, da una significativa riforma dell'apprendistato e degli schemi (contrattuali e non) di primo inserimento nel mercato del lavoro a partire dai tirocini formativi e di orientamento. Una soluzione di buon senso, perché incentrata sulla necessità di colmare il sempre più marcato disallineamento tra domanda e offerta di lavoro. Una soluzione suffragata, a nostro avviso, anche dalla circostanza che i Paesi di area apprendistato (nel senso indicato al § 2) hanno reagito meglio alla crisi <sup>(735)</sup> registrando non solo un calo occupazionale significativamente inferiore (grafico 6) ma, in taluni casi, persino una diminuzione della disoccupazione (grafico 7) rispetto ai Paesi di area *flexicurity* che, per contro, si sono dimostrati maggiormente vulnerabili in tempi di recessione <sup>(736)</sup>.

---

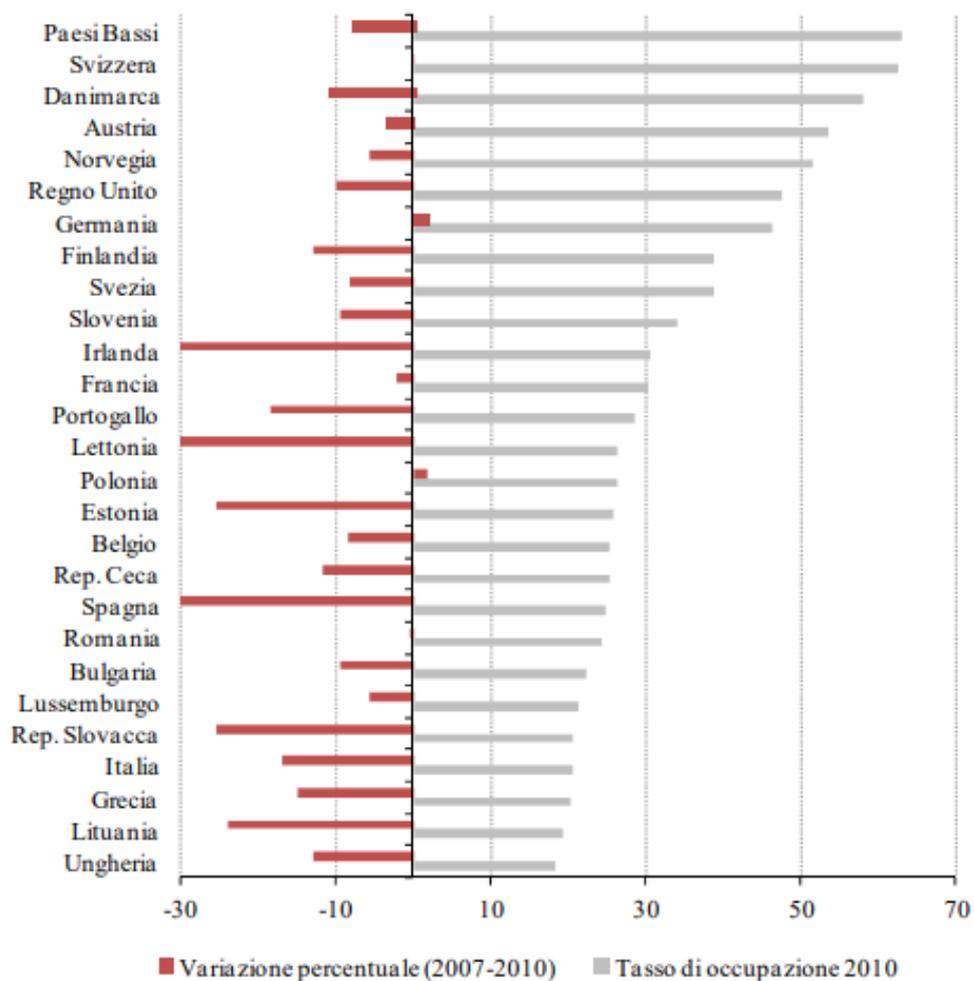
<sup>(733)</sup> Con la loi n. 2011-893, c.d. "Riforma Cherpion".

<sup>(734)</sup> Con il d.lgs. n. 167/2011 su cui cfr. M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini. Commentario al decreto legislativo 14 settembre 2011, n. 167, e all'articolo 11 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modifiche nella legge 14 settembre 2011, n. 148*, Giuffrè, Milano, 2011.

<sup>(735)</sup> Cfr. M. SIMMS, *op. cit.*, spec. 24 ss.

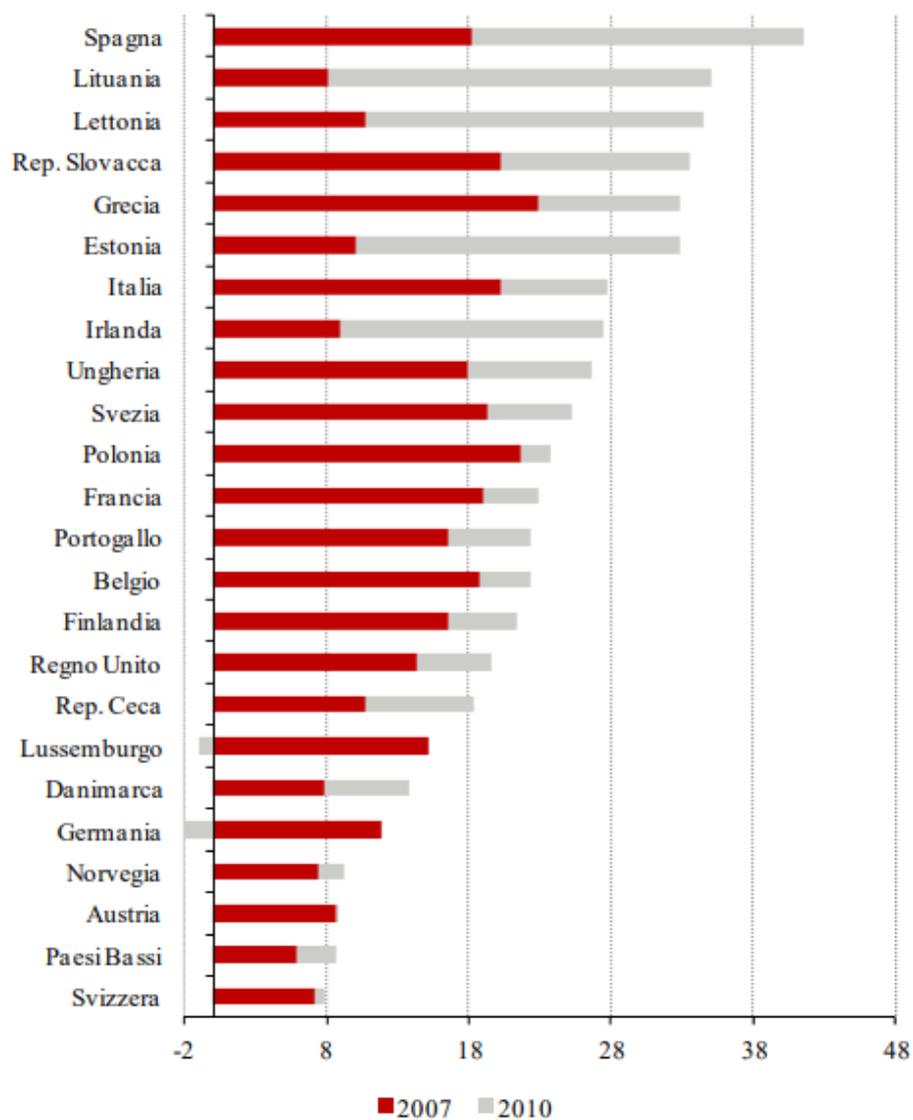
<sup>(736)</sup> Cfr. T.M. ANDERSEN, *A Flexicurity Labour Market in the Great Recession: The Case of Denmark*, IZA Discussion Paper, 2011, n. 5710, cui *adde*, per valutazioni comparate, S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Labor Market Measures in the Crisis and the Convergence of Social Models*, in W.E. Upjohn Institute for Employment Research, 2012, in corso di pubblicazione.

Grafico 6 – Tasso di occupazione giovanile (2010) e variazione percentuale 2007-2010



Fonte: elaborazione su dati Eurostat

Grafico 7 – Tasso di disoccupazione giovanile (2007 e 2010)



Fonte: elaborazione su dati Eurostat

#### 4. Le (principali) determinanti della disoccupazione giovanile: sistema educativo, transizione scuola-lavoro, istituzioni del mercato del lavoro, sistema di relazioni industriali.

L'esistenza di un efficiente sistema duale di apprendistato non può naturalmente essere la sola ragione che contribuisce a spiegare i bassi tassi di disoccupazione giovanile presenti in Paesi come la Germania (ma anche Svizzera e Austria) e, tanto meno, in termini più generali, quello che è stato definito «il miracolo del mercato del lavoro tedesco durante la grande recessione» <sup>(737)</sup>.

Senza presupporre meccaniche relazioni di causalità, tra le istituzioni del mercato del lavoro e le politiche adottate nei diversi Paesi, ci pare tuttavia possibile segnalare alcune specifiche determinanti della disoccupazione giovanile che confermano come parziale e riduttivo sia un intervento meramente regolatorio per affrontare i problemi dei giovani nel mercato del lavoro, là dove più efficace appare un approccio di tipo istituzionale.

L'analisi comparata mostra, in effetti, come decisivi per gli andamenti della disoccupazione giovanile siano non solo e non tanto le regole del mercato del lavoro in tema di assunzioni e licenziamenti presenti in un determinato Paese, quanto altri fattori quali la qualità del sistema educativo, la presenza di adeguati percorsi di integrazione e/o transizione della scuola al lavoro, la qualità del sistema di relazioni industriali, il funzionamento delle istituzioni del mercato del lavoro.

La tabella1, che segue, nel classificare alcuni Paesi europei e gli Stati Uniti in funzione del tasso di disoccupazione per i giovani di 15-24 anni, offre una prima rappresentazione sintetica (ma si veda il § 5) delle determinanti di una buona o cattiva condizione occupazionale per i giovani in ragione di tre pilastri: istruzione e formazione, relazioni industriali e legislazione a protezione dell'occupazione.

Lo sguardo comparato offerto dalla tabella, costruita sulla scorta di indicatori offerti da accreditate ricerche o fonti internazionali, chiarisce in particolare come esistano vari ambiti di intervento prioritario in materia di occupazione giovanile rispetto alla sola annunciata necessità di riformare il mercato del lavoro.

---

<sup>(737)</sup> Cfr., sul punto, M.C. BURDA, J. HUNT, *What Explains the German Labor Market Miracle in the Great Recession?*, IZA Discussion Paper, 2011, n. 5800.

Tabella 1 – Caratteristiche istituzionali e disoccupazione giovanile in Europa e negli Stati Uniti (nostra elaborazione)

Tasso di disoccupazione giovanile 2010	Formazione e transizione scuola-lavoro						Sistema di Relazioni industriali		Legislazione a protezione dell'occupazione	
	Qualità sistema educativo	Apprendistato			Transizione scuola-lavoro		Rel. Ind. Cooperative	Flessibilità salariale	Flessibilità in entrata	Flessibilità in uscita
		Forma di lavoro flessibile	Forma di scuola	Bassa retribuzione, alta formazione	Placement scolastico	Servizi per l'impiego efficienti				
Austria 9%	x		x	x	x	x			x	
Olanda 9%	x			x	x	x	x	x	x	
Germania 10%	x		x	x	x	x	x	x	x	
Danimarca 14%	x				x	x	x		x	x
USA 18%	x				x	x		x	x	x
UK 19%	x	x			x	x	x	x	x	x
Francia 23%				x		x			x	
Italia 28%		x							x	
Spagna 42%		x							x	

Nota: la croce indica come si collocano i vari Paesi rispetto a ciascun indicatore.

Fonti: il benchmarking è stato effettuato facendo riferimento a: 1) *The Global Competitiveness Report 2011-2012*, World Economic Forum, Geneva, 2011; 2) Eurostat, *Methods used for seeking work*, 2011; 3) Banca mondiale, *Doing Business Report*, 2011.

Il primo pilastro su cui intervenire è quello del sistema di istruzione con specifico riferimento al profilo della integrazione e/o della transizione dalla scuola al lavoro. Il sistema educativo rappresenta, infatti, sia una politica utile in tempo di crisi sia una politica strutturale e non è dunque un caso se i Paesi con buoni andamenti occupazionali per i giovani risultano dotati di un sistema educativo di istruzione e formazione di qualità. Come indica la tabella che precede, la maggiore qualità percepita con riguardo ai sistemi di istruzione e formazione è correlata a minori tassi di disoccupazione giovanile. Per semplicità, la tabella presenta un indicatore sintetico relativo al concetto generale di "qualità del sistema educativo", derivante dal *Competitiveness Report* del World Economic Forum<sup>(738)</sup> e risultante da un sondaggio destinato a dirigenti, dove era chiesto «in che misura il sistema educativo del Paese soddisfa i fabbisogni di un'economia competitiva?» le cui risposte corrispondevano ad un punteggio da 1 (per nulla) a 7 (molto bene).

<sup>(738)</sup> K. SCHWAB, *The Global Competitiveness Report 2011-2012*, World Economic Forum, Geneva, 2011. Presentano una croce i Paesi che si classificano tra i primi 30 su 140 Paesi con riferimento all'indice *Quality of education*.

I Paesi con i tassi di disoccupazione giovanile bassi (grigio chiaro e medio nella tabella) sono anche quelli dove la qualità percepita dai dirigenti aziendali relativamente ai sistemi educativi del proprio Paese risulta essere alta. Nonostante questo indicatore soffra di una possibile distorsione di tipo soggettivo, può essere particolarmente utile perché offre il punto di vista degli operatori del mercato del lavoro, ponendo la domanda non con riguardo all'istruzione fornita in sé, ma considerando la misura in cui questa formazione soddisfa le necessità di competenze e fabbisogni professionali richieste dal mercato del lavoro.

All'interno del pilastro relativo alla educazione e alla transizione scuola-lavoro, l'apprendistato ha un ruolo fondamentale, rappresentando uno strumento culturale e formativo basato sull'apprendimento in ambito lavorativo ed essendo consacrato dalla letteratura come uno degli strumenti più efficaci di transizione scuola-lavoro <sup>(739)</sup>. Tuttavia non tutti gli apprendistati sono uguali in relazione all'investimento formativo implicato, ingrediente fondamentale perché si possa parlare di apprendistato genuino <sup>(740)</sup>, e non tutti hanno la stessa capacità in termini di occupabilità giovanile, considerando che, se manca l'investimento in formazione autentica da parte dell'azienda, ciò che resta è l'utilizzo di forza lavoro a basso costo. Per questo motivo la tabella distingue tra vari tipi di apprendistato secondo il criterio della presenza (effettiva e non teoricamente prevista per legge) di formazione. Al di là dei precetti di legge esistenti con riguardo all'obbligatorietà della componente formativa dell'apprendistato, infatti, la realtà dell'apprendistato è spesso molto distante dall' "idealtipo", concretizzandosi nell'utilizzo di forza lavoro flessibile e a minor costo. L'apprendistato tedesco e austriaco prevede, al contrario, una formazione formale di tipo professionale part-time, incardinata nel sistema educativo e formativo, là dove in Italia e Regno Unito non solo l'apprendistato è prevalentemente un contratto di lavoro "flessibile" o "incentivato", ma è anche privo di reali contenuti formativi se è vero che la quota di apprendisti che ricevono formazione è inferiore al 40% <sup>(741)</sup>.

Nello stesso senso si spiega la scelta del terzo indicatore inserito in tabella relativamente all'apprendistato, segnatamente il livello di retribuzione ottenuto dall'apprendista in rapporto alla retribuzione di una maestranza specializzata. È infatti anche con il livello di corresponsione economica accordata all'apprendista che si quantifica il valore dello scambio in termini di formazione, da cui ne deriva l'osservazione che più è robusto ed effettivo l'investimento in formazione coinvolto nel contratto di apprendistato, minore sarà la retribuzione in denaro prevista dalla contrattazione collettiva; al contrario, gli apprendisti sono pagati quasi quanto una figura qualificata quando la formazione è trascurata. Non a caso, come mostra chiaramente la tabella che segue, gli apprendisti tedeschi e austriaci percepiscono una retribuzione minore e imparano di più. L'approccio dell'apprendistato duale, infatti, si distingue a partire dal nome stesso del compenso, che

<sup>(739)</sup> Si veda la rassegna delle modalità di transizione scuola-lavoro e, segnatamente, la superiorità del modello di apprendistato duale in G. QUINTINI, T. MANFREDI, *Going Separate Ways? School-to-Work Transitions in the United States and Europe*, OECD Social, Employment and Migration Working Papers, 2009, n. 90, e in G. QUINTINI, J. P. MARTIN, S. MARTIN, *The Changing Nature of the School-to-Work Transition Process in OECD Countries*, IZA Discussion Paper, 2007, n. 2582. Nella letteratura italiana cfr. G. BERTAGNA, *Apprendistato e formazione in impresa*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*

<sup>(740)</sup> Seguendo Ryan (in *Apprendistato: tra teoria e pratica, scuola e luogo di lavoro*, cit.), l'apprendistato "ideale" non è solo una forma di apprendimento sul lavoro, ma deve presentare, accanto all'esperienza lavorativa, una formazione professionale part-time, che deve risultare in una qualifica professionale riconosciuta.

<sup>(741)</sup> P. RYAN, K. WAGNER, S. TEUBER, U. BACKES-GELLNER, *Trainee Pay in Britain, Germany and Switzerland: Markets and Institutions*, SKOPE Research Paper, 2010, n. 96. Si veda anche M. TIRABOSCHI, *Ragioni e impianto di una riforma*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*

è definito come rimborso (*vergütung*) e non come stipendio, termine invece regolarmente utilizzato nel Regno Unito e in Italia. In Austria e Germania gli apprendisti ricevono meno della metà della retribuzione di un occupato esperto, e così accade in Olanda e in Francia, mentre in Italia tale livello arriva all'80%.

**Tabella 2 – Remunerazione degli apprendisti come percentuale delle maestranze qualificate**

		Industria	Servizi	Altri settori	
Regno Unito	2005	46%	70%	Da 45% (parrucchieri) a 60% (commercio)	
Germania	2007	29%	34%	27%	
Svizzera	2004	14%	17,5%	18%	
Irlanda	2009	30% (I anno), 45% (II anno), 65% (III anno), 80% (IV anno)			
Francia (% salario minimo)	2010	25% (sotto 19 anni), 42% (20-23 anni), 78% (sopra 24 anni)			
Italia	2010	72% (2 livelli inferiori)	da 70% a 80% (2 livelli inferiori)	Artigianato: da 55% a 90%	Edilizia: da 60% a 85% (in 3 anni, + 10% all'anno)

Fonte: Adapt, *Giovani e lavoro: ripartiamo dall'apprendistato*, in [www.fareapprendistato.it](http://www.fareapprendistato.it), 10 maggio 2011

Oltre all'utilizzo corretto degli strumenti contrattuali (e non), un sistema di transizione scuola-lavoro efficiente deve poter contare su un sistema di placement che sappia connettere sinergicamente il mondo del "sapere" e del "saper fare" – ovvero scuola e impresa – attraverso un raccordo collaborativo costante e sistematico basato sullo scambio continuo di informazioni e sulla intermediazione tra domanda e offerta di lavoro, così come, in ottica progettuale, sondare i fabbisogni di formazione e di competenze richiesti dal mercato e divulgarli nelle sedi formative <sup>(742)</sup>.

Nei Paesi dove il sistema di placement scolastico e universitario è ben radicato, la relazione tra istituzioni formative e aziende è, nel reciproco interesse, collaborativa, i *curricula* degli studenti così come le offerte di lavoro delle aziende sono liberamente accessibili sui siti delle università e presso gli uffici placement e le istituzioni scolastiche sono partecipi e consce delle *skills* richieste dal mercato.

Questa sinergia si traduce, in Paesi come il Regno Unito e gli Stati Uniti, in un più facile ingresso dei giovani nel mercato del lavoro e in un tasso di disoccupazione giovanile inferiore. Uffici placement inefficienti e servizi per l'impiego – pubblici e privati – inadeguati rendono più difficile la

<sup>(742)</sup> M. TIRABOSCHI, *Il problema della occupazione giovanile nella prospettiva della (difficile) transizione dai percorsi educativi e formativi al mercato del lavoro*, in P. REGGIANI GELMINI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Scuola, Università e Mercato del lavoro dopo la Riforma Biagi. Le politiche per la transizione dai percorsi educativi e formativi al mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2006; S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *La revisione dei regimi di autorizzazione e il rilancio del placement universitario*, in M. TIRABOSCHI, G. PROIA (a cura di), *La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro. Commentario alla legge 4 novembre 2010, n. 183 (cd. Collegato lavoro)*, Giuffrè, Milano, 2011; S. SPATTINI, *Riforma dell'apprendistato e nuovo placement*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*

ricerca di lavoro per i giovani. Tanto è vero che, come mostrato in tabella 1, nei Paesi dove i servizi per l'impiego funzionano bene i giovani vi fanno maggiore affidamento nella ricerca di una occupazione, rendendo maggiormente efficiente la ricerca stessa e incrementando le probabilità di trovare una occupazione. I dati Eurostat mostrano al contrario come i Paesi caratterizzati da maggiore disoccupazione siano anche quelli dove i giovani si affidano meno ai servizi e alle agenzie per l'impiego, arrangiandosi nella ricerca di una occupazione tramite canali informali (amici e network relazionali) e disponendo inevitabilmente di minore informazione, aggiungendo alle tradizionali difficoltà di ingresso nel mercato del lavoro l'ulteriore barriera costituita dalla asimmetria informativa.

Questo primo pilastro, oltre a costituire una contro-proposta rispetto alla individuazione della riforma del lavoro quale soluzione unica della disoccupazione giovanile, costituisce anche un modo per prevenire tale problema, ponendo le basi per la acquisizione di competenze spendibili sul mercato, avvicinando i giovani al mercato del lavoro attraverso l'apprendistato e gli altri strumenti e collegando tra loro le istituzioni interessate.

Alla convinzione che riformare il diritto del lavoro non sia la via principe per ridurre la disoccupazione giovanile si aggiunge la consapevolezza che agire con le politiche e le regolamentazioni significa intervenire quando il problema si è già presentato e che attraverso esse non è dunque possibile risolvere le difficoltà dei giovani nel mercato del lavoro alla radice.

Il secondo pilastro in grado di offrire un contributo costruttivo al problema è costituito dalla qualità del sistema di relazioni industriali presente in un dato Paese. Come indicato nella tabella, due fattori all'interno delle relazioni industriali potrebbero in particolare agire da incentivo alla occupabilità giovanile e contribuire alla creazione di un mercato del lavoro più inclusivo.

Nei Paesi dove le relazioni industriali sono maggiormente cooperative, dove la contrattazione collettiva è decentrata, dove la determinazione della retribuzione avviene in maniera flessibile si può sviluppare un ambiente produttivo maggiormente efficiente e si possono aprire spazi per l'occupazione dei giovani. Al contrario laddove le parti sociali non operino in maniera cooperativa e dove il sistema contrattuale sia altamente centralizzato, la voce degli *insiders*, degli adulti con lavoro stabile e, in generale, di quelli che sono già dentro il mercato del lavoro prevale su quella degli *outsiders* e di chi, fuori dal mercato del lavoro, sia disoccupato o inattivo.

Tra gli indicatori di relazioni industriali è importante considerare una misura del grado di cooperazione delle stesse, così come quella riguardante il grado di flessibilità nella determinazione del salario. Entrambi gli indicatori sono tratti dal *Competitiveness Report*<sup>(743)</sup> allo scopo, ancora una volta, di guardare al reale funzionamento delle relazioni industriali piuttosto che alla situazione teorica prevista da leggi e contratti. La classificazione del World Economic Forum, assieme alla osservazione dei tassi di disoccupazione giovanile, sembra non contraddire l'intuizione che la esistenza di relazioni industriali cooperative e meccanismi di determinazione del salario flessibili possano concorrere a costruire un ambiente produttivo più inclusivo.

<sup>(743)</sup> K. SCHWAB, *op. cit.* Presentano una croce i paesi che si classificano tra i primi 30 su 140 Paesi con riferimento agli indici *Cooperation in labor-employer relations* e *Flexibility of wage determination*.

Il dibattito europeo tuttavia si sta allontanando dalla concertazione, dirigendosi verso la quasi unanime individuazione della legislazione in materia di protezione della occupazione come principale ragione della alta disoccupazione giovanile <sup>(744)</sup>. Come precedentemente osservato, la letteratura economica del lavoro non si è pronunciata in maniera altrettanto unanime circa gli effetti dei sistemi a protezione dell'impiego sulla disoccupazione, producendo al contrario unanime consenso solo sul fatto che questi effetti sono ambigui. La tabella 1 mostra, a questo proposito, che la maggiore flessibilità in uscita percepita da parte degli operatori del mercato del lavoro non si combina con l'osservazione di più bassi tassi di disoccupazione giovanile dal momento che, come noto, Austria, Olanda e Germania non hanno la facilità di interruzione dei rapporti di lavoro esistente invece nei Paesi della *flexicurity* e in quelli più vicini ad una economia di mercato libero, pur avendo tassi di disoccupazione giovanile più bassi.

### 5. Prospettive per una ricerca interdisciplinare.

Tutti i principali studi economici in materia sono concordi nel ritenere che un ruolo centrale nelle politiche di sostegno alla occupazione giovanile sia rappresentato dalla domanda aggregata <sup>(745)</sup>. Centrali rimangono pertanto, nel contrasto alla disoccupazione e alla disoccupazione dei giovani in particolare, le politiche macro-economiche (fiscali e monetarie) e settoriali <sup>(746)</sup>. Un ruolo determinante assume oggi, e ancor di più in prospettiva, il fattore demografico, vuoi per la tenuta dei sistemi pensionistici e di welfare, vuoi per la incidenza sulle dinamiche del mercato del lavoro e sui modelli di organizzazione di impresa.

Con il presente contributo si è voluto evidenziare, per contro, il ruolo marginale delle riforme di liberalizzazione del mercato del lavoro, là dove più importanti appaiono, almeno per l'occupazione giovanile, fattori istituzionali quali la qualità del sistema educativo, il ricorso all'apprendistato "scolastico", l'efficienza e la qualità del sistema di relazioni industriali e, più in generale, delle istituzioni del mercato del lavoro. Si apre pertanto lo spazio per un nuovo filone di ricerca, un *cross-sectoral approach*, che verifichi l'ipotesi discussa nel paragrafo che precede e si concentri in chiave interdisciplinare su quelle che abbiamo chiamato le determinanti della occupazione giovanile e delle relative problematiche che, per chi è consapevole della complessità della materia, non possono certo essere affrontate e risolte con la sola penna del legislatore.

<sup>(744)</sup> M. TIRABOSCHI, *I paradossi di una riforma sbagliata (e che si farà, anche se non piace a nessuno)*, e P. TOMASSETTI, *Riforma del lavoro: una sconfitta della concertazione o delle relazioni industriali?*, in P. RAUSEI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Lavoro: una riforma a metà del guado. Prime osservazioni sul DDL n. 3249/2012, Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Adapt University Press, 2012, in [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it).

<sup>(745)</sup> F. FAZIO, A.M. WELEMARIAM (a cura di), *op. cit.*

<sup>(746)</sup> ILO, *World of Work Report 2012. Better jobs for a better economy*, cit.

## L'art. 19 Stat. nell'*affaire* Fiat tra dissensi giurisprudenziali e sospetti di incostituzionalità\*

Veronica Papa

1. Premessa. Il conflitto industriale nel Gruppo Fiat e i diritti di cittadinanza sindacale	296
2. La chiave di accesso ai diritti sindacali nei luoghi di lavoro. Dalla rappresentatività presunta a quella effettiva (e ritorno)?	298
3. Le tecniche esegetiche dell'art. 19 Stat.: a) interpretazione letterale	302
3.1. (segue). Le tecniche esegetiche dell'art. 19 Stat.: b) interpretazione teleologica e argomento apagogico	305
3.2. (segue). Le tecniche esegetiche dell'art. 19 Stat.: c) l'interpretazione teleologica e il combinato disposto tra art. l'19 Stat. e l'art. 8 legge 148/2011	307
4. Considerazioni conclusive. Interpretazioni antinomiche e incertezza del diritto: la soluzione del giudice modenese	313
Riferimenti bibliografici	315

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 147/2012

## 1. Premessa. Il conflitto industriale nel Gruppo Fiat e i diritti di cittadinanza sindacale

«Rappresentanze sindacali aziendali possono essere costituite ai sensi dell'art. 19 della legge 20 maggio 1970, n. 300, dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori firmatarie del presente contratto collettivo»<sup>747</sup>.

Il «ritorno allo Statuto» - in particolare, all'art. 19 in tema di costituzione delle RSA - proclamato dalla clausola di apertura del nuovo CCSL Fiat si è collocato, negli ultimi mesi, al centro di un rilevante contenzioso giudiziario, caratterizzato da alterne vicende interpretative della norma statutaria. Gli eventi più recenti dimostrano infatti come il baricentro del conflitto, anche giudiziale, con la Fiom-Cgil non sia più – o meglio non sia solo – la questione della contrattazione collettiva applicabile alle aziende e ai dipendenti di Fiat Group ma, piuttosto, quella della gestione del dissenso sindacale.

Le cause - prossime e remote – del conflitto intersindacale endogeno al gruppo Fiat nell'era Marchionne sono fin troppo note per essere integralmente rievocate in questa sede<sup>748</sup>.

Senza percorrere troppi passi a ritroso nel tragitto che dall'“archetipo” di Pomigliano<sup>749</sup> ha condotto, a partire dal 1 gennaio 2012, all'estensione del “contratto di primo livello” alla generalità delle aziende del Gruppo Fiat, basterà dunque rievocare l'antefatto della vicenda in commento: in data 3 ottobre 2011 la Fiat decideva ufficialmente di uscire da Confindustria; il 21 novembre 2011 comunicava alle organizzazioni sindacali del settore il recesso «da tutti i contratti applicati nel Gruppo Fiat»<sup>750</sup>.

A seguito della dichiarazione di recesso da tutte le intese collettive previgenti, la Fiat ha sottoscritto un contratto collettivo, definito “specifico” - costituente, in realtà, la stesura definitiva di un pregresso contratto collettivo separato, firmato il 29 dicembre 2010, tra Fiat S.p.a. e alcuni sindacati di categoria dei lavoratori - con il quale si è, sostanzialmente, disposta l'estensione a tutte le aziende del Gruppo Fiat del “modello Pomigliano”<sup>751</sup>.

<sup>747</sup> Così recita l'art. 1 del CCSL Fiat Group (contenuto nella prima parte del tit. I, dedicata ai diritti sindacali).

<sup>748</sup> La mole dell'approfondimento scientifico sul caso Fiat ha raggiunto proporzioni significative, commisurate, peraltro, alla rilevanza delle ripercussioni giuridico-sindacali della vicenda. Cfr., a mero titolo esemplificativo, il numero monografico di *Lavoro e diritto* dedicato a *Il caso Fiat: una crisi di sistema?* (*Lavoro e diritto*, 2011, 2); numerosi interventi sul tema sono stati proposti anche nelle altre principali riviste giuslavoristiche (*Argomenti di diritto del lavoro*, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* e *Rivista italiana di diritto del lavoro*).

<sup>749</sup> La definizione è dovuta a Bavaro, 2010.

<sup>750</sup> Più in dettaglio, a partire da | 21 novembre 2011 tutte le società del Gruppo Fiat e Fiat Industrial comunicavano alle OO.SS., nelle loro istanze nazionali e territoriali, il recesso, a far data dal 1 gennaio 2012, da tutti i contratti applicati nei rispettivi Gruppi e da tutti gli altri contratti e accordi collettivi aziendali e territoriali vigenti, compresi quelli contenenti clausola di rinnovo automatico alla scadenza nonché da ogni altro impegno derivante da prassi collettive in atto.

<sup>751</sup> Più in dettaglio, la trattativa si è conclusa in data 13 dicembre 2011 tra la Fiat e le OO.SS. Fim Cisl, Uilm Uil, Fismic, Ugl, Associazione Quadri e Capi Fiat e ha dato luogo alla sottoscrizione del cosiddetto “contratto collettivo specifico di lavoro” (CCSL), nel quale si conveniva che «a partire dal 1 gennaio 2012 a tutti i lavoratori (operai, impiegati e quadri) delle società dei Gruppi Fiat e Fiat Industrial di cui all'elenco allegato si applicherà il Contratto Collettivo Specifico di Lavoro di primo livello sottoscritto il 29 dicembre 2010 nella sua stesura definitiva [...] in quanto del tutto idoneo a sostituire il contratto collettivo nazionale per i lavoratori addetti all'industria metalmeccanica e, ove applicati, gli altri contratti collettivi nazionali sia per l'estensione del campo normativo sia per il livello dei trattamenti previsti, complessivamente e individualmente equivalenti o migliorativi. A far data dal 1 gennaio 2012 le società dei Gruppi Fiat e Fiat Industrial, non aderendo al sistema confindustriale, non applicheranno la contrattualistica definita nell'ambito dello stesso. Dalla medesima data, inoltre, tutti gli accordi aziendali attualmente vigenti si intendono decaduti (come già formalmente comunicato

Dal combinato disposto tra la mancata sottoscrizione, da parte della Fiom, del CCSL e le citate mosse strategiche del management Fiat – la fuoriuscita dalla confederazione rappresentativa degli interessi datoriali, con la sottrazione, tra l'altro, dal campo di applicazione dell'Accordo Interconfederale del 1993, istitutivo delle Rappresentanze Sindacali Unitarie; e l'azzeramento, mediante disdetta, del sistema contrattuale previgente, con l'applicabilità alla multinazionale torinese del solo contratto di primo, e unico, livello - è scaturita l'agognata conseguenza del ridisegno dei diritti di rappresentanza sindacale nel Gruppo Fiat, con l'esclusione da questi ultimi dell'organizzazione sindacale maggioritaria, ma non firmataria del "contratto unico" (la Fiom).

L'esclusione del invitato dissenziente dal circolo della rappresentanza aziendale – ribadita, a scanso di equivoci, nella disposizione di apertura del CCSL<sup>752</sup> - verosimilmente preordinata alla "tenuta" dei nuovi accordi aziendali, nel perseguimento di modelli di «unilateralità manageriale»<sup>753</sup>, è stata percepita, dalla maggioranza degli addetti ai lavori, ma anche dall'opinione pubblica, come un evento paradossale.

A fronte di questo risultato la Fiom ha proposto numerosi ricorsi ex art. 28 dello Statuto dei lavoratori. L'osservazione della prassi giurisprudenziale in corso di formazione a ridosso del conflitto industriale nel Gruppo Fiat consente di riassumere le richieste formulate dalla Fiom, fondamentalmente, nei termini che seguono: a) la richiesta di riconoscimento delle rappresentanze sindacali designate dal sindacato nelle aziende del gruppo; b) il riconoscimento, direttamente correlato alla richiesta *sub a)*, dei diritti sindacali derivanti dal titolo III Stat.<sup>754</sup>

Al cospetto dei ricorsi per repressione della condotta antisindacale presentati dall'associazione sindacale dotata della rappresentatività maggioritaria nelle aziende del gruppo, oltre che nell'intero settore metalmeccanico, la risposta giudiziaria si è contraddistinta per una notevole eterogeneità delle tecniche interpretative utilizzate nei casi concreti.

L'uso delle differenti forme di interpretazione e argomentazione nell'attività giurisdicente nella vertenza Fiat sarà il polo attrattivo attorno al quale verranno aggregati e analizzati i provvedimenti giudiziari che si sono succeduti nel breve arco temporale di riferimento<sup>755</sup>.

---

*da parte delle singole società), assorbiti o superati dalla regolamentazione di cui al Contratto Collettivo Specifico di Lavoro e, ove previsti, ai relativi "addendum" sopra richiamati o disciplinabili da accordi aziendali che potranno regolare le materie specifiche delle singole Società. Le parti pertanto riconoscono che dal 1 gennaio 2012 l'unica contrattazione collettiva che troverà applicazione nell'ambito delle società dei Gruppi Fiat e Fiat Industrial sarà quella di cui al Contratto Collettivo Specifico di Lavoro di primo livello [...] e dei conseguenti specifici accordi aziendali, con espressa esclusione di ogni altra possibile fonte contrattuale confederale, nazionale, territoriale e aziendale».*

<sup>752</sup> Come si è visto in apertura, infatti, il CCSL prevede, all'art. 1, che RSA possono essere costituite, ai sensi dell'art. 19 della legge n. 300 del 1970, dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori firmatarie dello stesso contratto; v. supra, nt. 1.

<sup>753</sup> L'espressione è usata da Pedersini (2011, p. 13).

<sup>754</sup> Nella maggioranza dei ricorsi si richiede poi il riconoscimento della lesione, derivante dal comportamento datoriale, dell'immagine della Fiom, quale soggetto contrattuale rappresentativo, in generale nei confronti dei dipendenti della società convenuta ed in particolare nei confronti dei lavoratori iscritti al sindacato in questione (che si vedono privati della rappresentanza sindacale nel luogo di lavoro).

<sup>755</sup> I casi giurisprudenziali presi in esame sono racchiusi nel breve arco temporale di quattro mesi. Oggetto di analisi saranno infatti le seguenti pronunce: Trib. Bologna 27 marzo 2012; Trib. Milano 3 aprile 2012; Trib. Lecce 12 aprile 2012; Trib. Napoli 12 aprile 2012; Trib. Torino 13 aprile 2012; Trib. Bari 20 aprile 2012; Trib. Larino 23 aprile 2012; Trib. Lanciano 30 aprile 2012; Trib. Verona 8 maggio 2012; Trib. Modena 4 giugno 2012.

Con l'avvertenza, tuttavia, che le "etichette" assegnate alle tecniche argomentative-interpretative prese in analisi nel corso di questo lavoro, lungi dal derivare da caratteristiche esclusive (quasi ontologiche) delle pronunce in questione sono state attribuite sulla base di una valutazione di "prevalenza" di alcune argomentazioni, nel corpo dei provvedimenti in esame. Ciò non toglie tuttavia che, nell'ambito della stessa pronuncia, a fianco di argomentazioni "teleologiche" o "per assurdo" possano rintracciarsi interpretazioni storiche o sistematiche; o che, a supporto di interpretazioni letterali, possano ritrovarsi argomenti di carattere storico o sistematico<sup>756</sup>.

## 2. La chiave di accesso ai diritti sindacali nei luoghi di lavoro. Dalla rappresentatività presunta a quella effettiva (e ritorno)?

Sembra opportuno premettere all'analisi delle pronunce relative alla contesa giudiziaria Fiat-Fiom una breve retrospettiva delle argomentazioni della giurisprudenza costituzionale in tema di rappresentatività sindacale; giurisprudenza caratterizzata dal tentativo di razionalizzazione dei criteri selettivi delineati dall'art. 19 Stat. e, successivamente, soprattutto nel corso degli anni novanta, dall'intenzione di conciliare gli effetti derivanti dalla manipolazione referendaria della disposizione con i principi di pluralismo e libertà sindacale<sup>757</sup>.

Come è noto, la formulazione originaria dell'art. 19 Stat., accanto all'attuale tipologia di rappresentatività "tecnica" o effettiva, derivante dalla sottoscrizione di accordi, di qualsivoglia livello, applicati in ambito aziendale, contemplava – nella sua lett. a), caducata a seguito del referendum abrogativo del 1995 – un criterio di accesso alla normativa promozionale del titolo III dello Statuto di carattere "presuntivo" o "storico-politico"<sup>758</sup>.

Attraverso un meccanismo di elisioni parziali della disposizione statutaria, preordinate a un ampliamento della platea dei destinatari dei diritti di cittadinanza sindacale nei luoghi di lavoro, si è pervenuti alla formulazione attuale dell'art. 19 Stat., ai sensi del quale, «*rappresentanze sindacali aziendali possono essere costituite ad iniziativa dei lavoratori in ogni unità produttiva, nell'ambito delle associazioni sindacali che siano firmatarie di contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva*».

Il presupposto su cui si fondava la proposta referendaria di abrogazione della lett. a) dell'art. 19 era costituito dalla critica al modello fondato sul criterio della maggiore rappresentatività confederale, in quanto non idoneo, nella prospettiva dei proponenti, a fronteggiare «i rischi derivanti sia dall'"autoreferenzialità" propria del riferimento alla maggiore rappresentatività confederale, priva di strumenti efficaci di verifica; sia dalla c.d. "rappresentatività irradiata" - per cui era sufficiente ad un'organizzazione sindacale aderire ad una confederazione maggiormente rappresentativa sul piano nazionale per aver diritto automaticamente alla titolarità dei diritti di organizzazione nei luoghi di lavoro»<sup>759</sup>.

<sup>756</sup> A proposito del pluralismo metodologico nelle teorie sull'interpretazione, si v. Zagrebelsky (1992, p. 185 ss.).

<sup>757</sup> Per la disciplina delle rappresentanze sindacali aziendali, si rinvia, in relazione all'originaria formulazione dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori a Mancini (1972); Treu (1973), Curzio P., Giugni G. (1979); Mancini (1986); tra i primi commentatori della versione della norma risultante dal referendum, cfr. Giugni (1995); Ichino (1996); D'Antona (1996); Pallini (2003). Sulla nozione di rappresentanza, cfr., *ex aliis*, Caruso (1992); Fontana (2000); Grandi (2004); Alleva (2005); Magnani (2006). Sulla rappresentatività sindacale, si v. Greco (1996); Campanella (2000); Caruso (2005); Mazzotta (2006); Scarponi (2006); Bellocchi (2010).

<sup>758</sup> Ai sensi dell'art. 19, comma 1, lett. a). Anche la lett. b) ha subito una metamorfosi dei suoi tratti identitari con la soppressione delle parole "provinciali" e "nazionali".

<sup>759</sup> Lo ha ricordato Scarponi (2011, p. 4).

Se i rischi della limitata controllabilità empirica della rappresentatività confederale avevano condotto alla sua eliminazione in favore del criterio, in ipotesi maggiormente effettivo, della sottoscrizione di contratti applicati nell'unità produttiva, un'altra non irrilevante distorsione applicativa si stagliava, fin dal momento della proposizione del quesito referendario, all'orizzonte del criterio "di risulta" dell'art. 19 Stat. Si fa riferimento al rischio della soggezione della rappresentanza nei luoghi di lavoro al cosiddetto "potere di accreditamento datoriale". All'indomani del referendum del 1995 la norma fu sottoposta allo scrutinio di costituzionalità, sulla scorta di una supposta violazione dei principi di ragionevolezza e di libertà sindacale, di cui agli artt. 3 e 39 Cost., derivanti proprio dalla denunciata legittimazione, derivante dall'art. 19, nuovo testo, di un potere di selezione datoriale della controparte sindacale.

In quell'ipotesi, la Corte costituzionale, nel presumibile intento di salvaguardare gli esiti dell'espressione della volontà popolare – oltre che verosimilmente indotta dal suo tradizionale *horror vacui*<sup>760</sup> – e accedendo a una interpretazione formalistica del potere di accreditamento datoriale, ha escluso che la disposizione statutaria implicasse un simile effetto<sup>761</sup>.

Nella stessa pronuncia, tuttavia, a riprova dell'insufficienza del requisito della mera sottoscrizione di contratti collettivi ai fini dell'accesso alla normativa promozionale, la Corte ha affermato che l'esigenza «di oggettività del criterio legale di selezione comporta un'interpretazione rigorosa della fattispecie dell'art. 19, tale da far coincidere il criterio con la capacità del sindacato di im-

<sup>760</sup> Per *horror vacui* si intende la preoccupazione, talvolta manifestata dal Giudice delle leggi, di provocare, con le sue decisioni, lacune e vuoti nell'ordinamento, difficilmente colmabili, soprattutto a causa dell'inerzia del legislatore. Per una ricostruzione delle tecniche utilizzate dalla Corte costituzionale nella giurisprudenza sull'art. 19 Stat. si v. Ricci (2011, p. 283 ss.), il quale ha ricordato che «sottesa all'impostazione della Corte vi è stata una chiara opzione di politica del diritto, nota ai suoi interpreti da molti anni: l'*horror vacui* che la spinge a conservare la legge piuttosto che a caducarla, oppure a caducarla in parte invece di travolgerla tutta». Sulla base di un simile presupposto «sul piano della tecnica processuale, qualche volta, per evitare la censura di incostituzionalità, non si è affrontato il quesito sollevato dai giudici *a quibus*, il quale è stato disaggregato in due sottoquestioni al fine di dimostrare l'irrelevanza per la prima e l'infondatezza per la seconda. Sempre sullo stesso versante, è interessante osservare il sapiente uso degli *obiter dicta*, con cui si sono affrontate questioni, non rilevanti nel caso di specie, per legittimare la norma legislativa man mano vigente (prima il "vecchio" testo dell'art. 19, poi quello "nuovo"). [...] Vanno anche sottolineate sia la tecnica dell'autoformulazione delle possibili obiezioni (sent. n. 1/1994), sia la sostanziale politica di "continuismo" [...]. Uno dei cardini del "continuismo" è rappresentato dall'autocitazione (un espediente comune in giurisprudenza), utilizzata strumentalmente per confermare una presunta immodificabilità nei propri orientamenti». In argomento si v. Pinardi, 2007.

<sup>761</sup> E infatti, dopo aver statuito che «in senso proprio il concetto di "potere di accreditamento" designa il caso in cui il datore di lavoro, *nullo iure cogente*, concede pattiziamente una o più agevolazioni previste dal titolo III della legge n. 300 del 1970 alla rappresentanza aziendale di una associazione sindacale priva dei requisiti legali per averne diritto», ha affermato che, secondo l'art. 19, la rappresentatività del sindacato lungi dal derivare «da un riconoscimento del datore di lavoro, espresso in forma pattizia», costituirebbe «una qualità giuridica attribuita dalla legge alle associazioni sindacali che abbiano stipulato contratti collettivi [...] applicati nell'unità produttiva» (Corte Cost. 244/1996). In una pronuncia successiva (Corte Cost. 345/1996, ord.), la Corte ha sostenuto che non sarebbe lesiva della libertà sindacale «l'incidenza che, sulle scelte del sindacato, può avere la considerazione dell'effetto legale, esterno al contenuto del regolamento negoziale, collegato dall'art. 19 alla sottoscrizione di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva, in considerazione del fatto che l'alternativa tra la firma di un contratto, ritenuto non rispondente agli interessi degli aderenti, con il vantaggio di acquisire i diritti e le prerogative di cui al tit. III dello statuto, ed il rifiuto di firmare un tale contratto, rinunciando a tali diritti, può condizionare in qualche misura il sindacato, non già viziandone la determinazione volitiva, bensì come fattore del calcolo costi-benefici che il sindacato medesimo, come ogni contraente, deve compiere per valutare la convenienza di stipulare o non il contratto a quelle condizioni» e precisando altresì, con riferimento all'art. 2 Cost., che un sindacato «disposto a sottoscrivere un cattivo contratto per i suoi rappresentati pur di ritagliarsi una porzione di potere in azienda, non lede alcun diritto inviolabile dei suoi iscritti, ma semplicemente non tutela come dovrebbe i loro interessi configurandosi o come un sindacato sfuggito al controllo degli associati, cioè non più rispettoso del precetto costituzionale di democraticità interna, o, al limite, come un sindacato di comodo».

porsi al datore di lavoro, direttamente o attraverso la sua associazione, come controparte contrattuale. Non è perciò sufficiente la mera adesione formale a un contratto negoziato da altri sindacati, ma occorre una partecipazione attiva al processo di formazione del contratto»<sup>762</sup>.

Il salvataggio del criterio di risulta dell'art. 19 Stat. ad opera della Corte costituzionale, verosimilmente condizionato anche dal differente contesto di relazioni intersindacali esistente al momento delle pronunce in commento – ovvero la persistenza di una stagione di unità dell'azione sindacale, oltre che di un sistema contrattuale stabilmente organizzato su due livelli, coordinati dalla regolazione autonoma contenuta nel Protocollo Ciampi – tuttavia, sembra meritevole di una revisione (come si vedrà *infra*) anzitutto alla luce delle precisazioni formulate dalla stessa Corte in ordine alla “storicità” della nozione di rappresentatività.

Si legge, infatti, nel percorso argomentativo del Giudice delle leggi, che l'indice di rappresentatività ex art. 19 «esteso però all'intera gamma della contrattazione collettiva, si giustifica, in linea storico-sociologica e quindi di razionalità pratica, per la corrispondenza di tale criterio allo strumento di misurazione della forza di un sindacato, e di riflesso della sua rappresentatività, tipicamente proprio dell'ordinamento sindacale».

Sebbene preordinata all'ampliamento della platea dei destinatari della normativa di sostegno<sup>763</sup>, oltre che all'avvertita esigenza di non escludere dalla rappresentanza nei luoghi di lavoro soggetti dotati di una rappresentatività effettiva, la residua porta di accesso ai diritti sindacali, cristallizzata nella prassi giudiziale nel senso tecnico-letterale della necessità della sottoscrizione di uno strumento contrattuale, rischia di traghettare il criterio legale (indietro) nell'area della rappresentatività meramente presuntiva, nella misura in cui non consente di rilevare una rappresentatività, nei fatti esistente, sulla base di criteri differenti da quello della sottoscrizione di un atto negoziale collettivo. La formulazione attuale dell'art. 19, infatti, consta di un criterio esclusivo, e

<sup>762</sup> In funzione di una ulteriore delimitazione della legittimazione derivante dalla qualità di sindacato firmatario di «*contratti collettivi applicati nell'unità produttiva*», la Corte ha anche precisato l'insufficienza della stipulazione di un «contratto qualsiasi» e la necessità, invece, che la qualità di controparte contrattuale derivi dalla sottoscrizione di «un contratto normativo che regoli in modo organico i rapporti di lavoro, almeno per un settore o un istituto importante della loro disciplina, anche in via integrativa, a livello aziendale, di un contratto nazionale o provinciale già applicato nella stessa unità produttiva». L'interpretazione formulata dalla Corte nelle sentenze interpretative di rigetto sull'art. 19 Stat. è stata, fin qui, costantemente accolta nella giurisprudenza di legittimità. Si v., ad esempio, Cass. 5 agosto 2010 n. 18260, nella quale si afferma «in tema di rappresentanze sindacali aziendali, l'art. 19, comma 1, lett. b, della legge n. 300 del 1970 va interpretato - in linea con quanto affermato dalla Corte cost. con sentenza n. 244 del 1996, nel senso che, a fini della individuazione delle associazioni sindacali legittimate ad ottenere la costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali, non è sufficiente la mera adesione formale ad un contratto negoziato da altra associazione ma è necessaria una partecipazione attiva al processo di formazione del contratto, assumendo rilievo la capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro come controparte contrattuale».

<sup>763</sup> Basti pensare che la formulazione attuale della norma deriva dall'accoglimento dell'ipotesi “moderata” di revisione referendaria: e infatti, insieme all'abrogazione parziale (della sola lett. a) e delle parole “*provinciali*” e “*nazionali*” della lett. b)), i due quesiti referendari, preordinati alla liberalizzazione della rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro, prevedevano, «nella loro versione massimalista», l'abrogazione totale dell'art. 19 Stat.; a dimostrazione della «differenza ideologica [...] all'origine dei due referendum, quello indicato come n. 1 e quello indicato come n. 2, diretti congiuntamente, nonostante la differenza di contenuto, l'uno a smantellare la rappresentatività confederale e a cancellare del tutto i criteri di rappresentatività filtrata, per sostituirvi una rappresentatività indiscriminata; l'altro a rimettere la scelta del sindacato rappresentativo alla spontaneità della contrattazione a tutti i livelli, e pertanto anche a quello aziendale» (così Giugni, 1995, p. 358).

anch'esso presuntivo, di accesso ai diritti sindacali, nel quale muta soltanto la fonte della presunzione legale (la firma di un contratto, nel nuovo testo dell'art. 19; la riconducibilità a confederazioni maggiormente rappresentative, nella parte di norma stralciata dal referendum)<sup>764</sup>.

Non è del tutto certo, tuttavia, che ammettere che la sottoscrizione costituisca solo un indice sintomatico della rappresentatività possa anche implicare, quale logico corollario, la possibilità di una disapplicazione del criterio legale (o, con simili conseguenze, dell'utilizzo di criteri differenti da quello legale) nelle ipotesi in cui tale effettiva rappresentatività emerga altrimenti<sup>765</sup>. La conclusione più corretta sotto il profilo tecnico-giuridico pare forse essere quella opposta (la quale, però, si espone alla decisiva obiezione dell'illegittimità costituzionale della sostituzione di un criterio presuntivo con un altro)<sup>766</sup>.

Vale appena la pena di sottolineare poi che se, finora, la giurisprudenza della Corte in ordine al criterio selettivo dell'art. 19 Stat. si era espressa, in maniera rigorosa, a tutela delle potenzialità selettive della norma<sup>767</sup>, i termini attuali della vicenda – come emergenti dal paradigmatico caso Fiat – appaiono essere drammaticamente rovesciati rispetto a quelli sottesi alle valutazioni della Consulta in tema di rappresentatività.

Il *punctum dolens* dell'art. 19 Stat., oggi, sembra infatti consistere nelle potenzialità distorsive della norma nei confronti di associazioni realmente rappresentative ma dissenzienti – e dunque non firmatarie – da una data ipotesi contrattuale. Al vaglio della Corte, dunque, lungi dal dover essere sottoposte questioni relative alla presumibile estensione della rappresentatività a sindacati “gialli”, come era avvenuto nella giurisprudenza costituzionale pregressa, meriterebbero di essere prospettati i potenziali effetti paradossali derivanti dalla possibilità che il datore di lavoro – in esercizio di una sorta di “veto” sull'agibilità sindacale di un invitato sgradito – escluda dal circolo della rappresentanza aziendale, in maniera unilaterale o con una vera e propria *conventio ad excludendum* in accordo con associazioni sindacali minoritarie, organizzazioni sindacali dotate di un ampio seguito dai lavoratori, ma non disposte a sottoscrivere determinate ipotesi contrattuali.

<sup>764</sup> Si v. in questo senso la pronuncia del Tribunale di Bari (Trib. Bari 20 aprile 2012), nella quale si sottolinea che «a seguito della abrogazione referendaria è rimasto in vigore semplicemente un unico criterio *presuntivo* della rappresentanza effettiva di una organizzazione sindacale, rappresentato dalla firma di un contratto collettivo». In senso analogo, cfr. Bavaro (2011), secondo cui, qualora il criterio oggettivo della firma non sia «sufficiente a selezionare esaurientemente la capacità rappresentativa delle controparti negoziali perché può esservi distonia fra il contesto storico-sociologico e il criterio formale, allora occorre che il criterio formale sia arricchito di altri criteri, effettivi perché sostanziali».

<sup>765</sup> Sembra essere questa l'interpretazione teleologico-correttiva di alcuni giudici di merito, come si vedrà *infra*.

<sup>766</sup> A conclusioni non dissimili perviene il Tribunale di Modena, nella misura in cui - dopo aver rilevato che «l'univocità della disposizione esclude che il giudice comune, attraverso gli strumenti interpretativi a sua disposizione, possa forzare il dato letterale della disposizione, sino ad attribuirle un significato normativo volto ad ancorare la rappresentatività – e dunque la selezione dei soggetti collettivi destinatari delle norme di protezione - a criteri diversi dalla partecipazione al processo di contrattazione collettiva, desumibile dalla sottoscrizione del contratto» - afferma che «l'esclusivo prisma della stipula del contratto collettivo effettivamente applicato nell'unità produttiva, conferisce alla disposizione un significato incompatibile con il dato costituzionale» (Trib. Modena 4 giugno 2012; per maggiori approfondimenti sul provvedimento, si v. comunque *infra*, 4).

<sup>767</sup> Ad esempio considerando l'art. 19 Stat. non una norma “permissiva” ma “definitoria”, preordinata a circoscrivere il campo di applicazione dei diritti sindacali previsti dallo Statuto (cfr. Corte cost. 30/90).

Più che il versante “positivo” del potere di accreditamento datoriale di soggetti non dotati di effettiva rappresentatività<sup>768</sup>, dunque, le attuali potenzialità distorsive dell’art. 19, nuovo testo, sembrano appuntarsi sul versante “negativo” o “impeditivo” del potere di accreditamento datoriale<sup>769</sup>.

Il mutamento delle coordinate di contorno dell’art. 19 Cost., in combinato disposto con i suoi effetti “paradossali” nella vertenza Fiat-Fiom, ha indotto, di recente, un giudice di merito a rinviare alla Corte costituzionale l’indagine sulla compatibilità con gli artt. 3 e 39 Cost. di “quel che resta” dell’art. 19 Stat., come sarà possibile leggere *infra*, nelle conclusioni di questo lavoro.

### 3. Le tecniche esegetiche dell’art. 19 Stat.: a) interpretazione letterale

La sovrapposizione tra titolarità contrattuale – suggellata dal requisito della sottoscrizione – e “premio” della rappresentatività nei luoghi di lavoro è affermata da una parte della giurisprudenza di merito chiamata a pronunciarsi sul contenzioso sulla libertà sindacale “positiva” delle organizzazioni dissenzienti nei luoghi di lavoro.

A fondamento delle pronunce di rigetto delle azioni per la repressione della condotta antisindacale – seppure con diversità di sfumature – viene invocata una interpretazione testuale tanto della parte non caducata dell’art. 19 Stat. quanto della sua interpretazione “costituzionalmente orientata” (ossia l’interpretazione fornita dalla Corte costituzionale, con sentenze interpretative di rigetto, nel corso degli anni novanta).

<sup>768</sup> Come si è anticipato, è in questi termini che il tema del rischio di accreditamento datoriale è stato finora affrontato dalla Corte costituzionale (con riferimento sia alla vecchia sia all’attuale formulazione dell’art. 19 Stat.). Si v., in proposito, le osservazioni formulate in occasione di una pronuncia del 1990 (Corte Cost. 30/90), nella quale si è affermato che «l’accesso pattizio alle misure di sostegno non offre alcuna garanzia oggettivamente verificabile, in quanto è strutturalmente legato al solo potere di accreditamento dell’imprenditore. Il patto, infatti, non presuppone di per sé alcuna soglia minima di rappresentatività dell’organizzazione che ne sia beneficiaria, pur al livello meramente aziendale, sicché può avvantaggiare sindacati di scarsa consistenza e correlativa mente alterare la parità di trattamento rispetto ad organizzazioni dotate di rappresentatività anche maggiore presenti in azienda. Pur al di fuori dell’ipotesi di sostegno al sindacato “di comodo” (art. 17), sarebbe in tal modo consentito all’imprenditore di influire sulla libera dialettica sindacale in azienda, favorendo quelle organizzazioni che perseguono una politica rivendicativa a lui meno sgradita. Questa Corte, d’altra parte, ha già ripetutamente sottolineato (sentt. nn. 54 del 1974 e 334 del 1988) la razionalità di una scelta legislativa caratterizzata dal ricorso a tecniche incentivanti idonee ad impedire un’eccessiva dispersione e frammentazione dell’azione dell’autotutela ed a favorire una sintesi degli interessi non circoscritta alle logiche particolaristiche di piccoli gruppi di lavoratori. È palese che la possibilità di estensione pattizia delle misure di sostegno si porrebbe in contraddizione con tale logica: sia perché favorirebbe processi di frammentazione della rappresentanza potenzialmente pregiudizievole alla stessa efficacia dell’azione sindacale; sia perché rafforzerebbe il potere di pressione di cui ristretti gruppi professionali fruiscono in ragione della loro particolare collocazione nel processo produttivo e potrebbe più in generale incentivare quella segmentazione esasperata dell’azione sindacale che la Corte, nelle citate sentenze, ha ritenuto contraria agli interessi generali e specificamente a quelli dei lavoratori. Il divieto delle pattuizioni in discorso è perciò coerente non solo alla logica ispiratrice dell’art. 19, ma anche ai motivi in base ai quali la Corte ha ritenuto tale disposizione conforme ai principi costituzionali qui invocati». Sui residui profili di attualità della disposizione di “chiusura” contenuta nell’art. 17 Stat. (la quale, rubricata sindacati di comodo, sancisce il divieto, per il datore di lavoro, «di costituire o sostenere, con mezzi finanziari o altrimenti, associazioni sindacali di lavoratori») si v. Lo Faro, 2010.

<sup>769</sup> Peraltro prescindendo dalle ripercussioni paradossali del nuovo testo dell’art. 19 sul caso Fiat si può fare menzione dell’effetto altrettanto dirompente – specie in un contesto di “sponsorizzazione” da parte dello stesso legislatore, con l’emanazione dell’art. 8 legge 148/2011, di forme di “aziendalizzazione” del sistema contrattuale – del potere di veto attribuito al datore di lavoro dalla disposizione statutaria. Come osserva Pallini (2003, p. 195), l’effetto reale che il nuovo art. 19 sembra essere destinato a produrre nelle piccole e medie imprese, in particolare nei settori produttivi più “deboli”, non pare essere tanto quello della selezione arbitraria delle organizzazioni sindacali rappresentative nel contesto aziendale, ma piuttosto «la “fuga” di queste aziende dalla contrattazione collettiva e la conseguente scomparsa di forme di rappresentanza sindacale stabile e organizzata al loro interno».

In questo approccio interpretativo si ritiene che «la capacità del sindacato di accreditarsi come interlocutore stabile dell'imprenditore, e dunque di fruire dei diritti che incidono nella sfera di quest'ultimo», possa essere individuata «a seguito di una diretta e concreta attività negoziale, nella sottoscrizione delle intese raggiunte, sottoscrizione che testimonia che le relazioni sindacali si fondano sul reciproco riconoscimento»<sup>770</sup>.

A simili conclusioni si perviene nella pronuncia del Tribunale di Torino, nella quale, pur prendendosi atto del «problema di non poco momento» sotteso alle richieste formulate dalla Fiom – ossia l'elisione, per numerosi lavoratori delle aziende del gruppo Fiat di una «adeguata forma di rappresentanza “di prossimità” nel luogo di lavoro (elemento integrante la libertà sindacale garantita dall'art. 39, co. 1, Cost.)» e dunque di «un meccanismo che permetta loro di partecipare attivamente a una compiuta democrazia sindacale nell'unità produttiva di riferimento»<sup>771</sup> – si esclude l'annoverabilità della Fiom tra i sindacati abilitati a costituire RSA, in base a una interpretazione letterale della normativa statutaria<sup>772</sup>.

Secondo il giudice torinese, in ossequio al principio della soggezione del giudice alla legge (ex art. 101 Cost.), «la parola “firmatario”, senza ulteriore aggettivazione o dubbie sfumature semantiche», non potrebbe che riferirsi all'organizzazione sindacale «non che può apporre, ma [...] che appone la propria firma su un documento e che, in tal modo, vi aderisce facendolo proprio»<sup>773</sup>.

Per i sostenitori delle tecniche esegetiche logico-letterali di interpretazione dell'art. 19, infatti, la disposizione statutaria sarebbe chiarissima nel richiedere la sottoscrizione di contratti applicati nell'unità produttiva (e di carattere normativo). In questa prospettiva, l'interpretazione teleologica proposta dalla Fiom, lungi dal manifestarsi come “storico-evolutiva”, “elastica”, consisterebbe invece in una «indebita interpretazione *contra legem* [...] assolutamente contraria alla lettera della norma»<sup>774</sup>.

<sup>770</sup> Tribunale Lecce 13 aprile 2012. Nell'ordinanza del giudice pugliese, poi, si ribadisce anche la necessità che la qualifica di controparte contrattuale derivi dalla sottoscrizione di contratti normativi, con ciò escludendo la rilevanza di contratti gestionali o di contratti contenenti solo disposizioni obbligatorie.

<sup>771</sup> Trib. Torino 13 aprile 2012. L'esclusione del diritto di accesso alle prerogative promozionali ex art. 19 Stat. è espressamente ricollegata dal giudice torinese all'unicità dello strumento contrattuale applicabile al Gruppo Fiat derivante, nell'interpretazione *de qua*, dall'inapplicabilità del CCNL unitario del 2008 – rivendicato ormai dalla sola Fiom - «considerato inoltre che (a prescindere dall'art. 8 l. 148/11) le aziende resistenti lo hanno espressamente disdettato, sostituendolo con il nuovo contratto del 13/12/2011 e così paralizzando la pregressa clausola di ultrattività».

<sup>772</sup> Nello stesso senso militerebbe inoltre la «non ravvisabilità nell'ordinamento giuslavoristico di un generale principio di parità di trattamento dei sindacati all'interno delle imprese» (Trib. Torino 13 aprile 2012, cit.).

<sup>773</sup> Né sarebbe ammissibile, come può leggersi nelle argomentazioni del giudice piemontese, la proposta di lettura “diacronica” del termine “applicati”, preordinata – secondo alcune ricostruzioni dottrinali (si v. ad esempio Scarponi 2011, cit.) – a estendere la condizione di agibilità dei diritti sindacali anche sulla base di contratti collettivi (precedentemente) applicati nel luogo di lavoro. E infatti, secondo il Tribunale di Torino, è possibile escludere la fondatezza dell'orientamento che «fa leva sul termine «applicati» per estendere in forma, per così dire, diacronica la portata dell'art. 19 st. lav. ai sindacati firmatari dei contratti collettivi ‘storicamente’ avvicendatisi presso l'azienda datoriale: il tempo al presente del verbo «siano» fa sì che la parola «applicati» partecipi del complessivo orientamento temporale (il c.d. “presente legislativo”) della proposizione normativa».

<sup>774</sup> Tribunale Milano 3 aprile 2012. L'ordinanza afferma, per inciso, che, ex art. 8 l. 148/2011, il CCNL sostituirebbe *in toto*, e per tutti i dipendenti, il precedente sistema contrattuale.

Sulla base dell'affermata incontrovertibilità del disposto normativo, dunque, la giurisprudenza in questione ritiene «socialmente condivisibile ma [...] giuridicamente insostenibile»<sup>775</sup> la riconducibilità nell'alveo dell'art. 19 Stat. di condotte di partecipazione attiva alla trattativa negoziale non seguite dalla sottoscrizione delle ipotesi di accordo.

Tuttavia, alla considerazione del contenuto testuale dell'art. 19 Stat. l'orientamento giurisprudenziale in commento, in accoglimento delle argomentazioni additive formulate dalla Corte costituzionale nelle pronunce degli anni novanta, accompagna la precisazione della tipologia di strumenti contrattuali rilevanti ai fini della rappresentatività aziendale, ossia i contratti normativi. La tecnica dell'esegesi testuale del dettato normativo, in adesione a canoni di *judicial restraint*<sup>776</sup>, dunque, viene “corretta” dalla commistione con l'uso dell'argomento “autoritativo o *ad exemplo*”<sup>777</sup>.

La correttezza dell'interpretazione letterale utilizzata nei casi citati, tuttavia, si espone a una ragionevole obiezione, secondo la quale, «la stretta e rigorosa interpretazione letterale (*in claris non fit interpretatio*)», portata alle sue estreme conseguenze dovrebbe dunque «coerentemente giungere alla conclusione che qualunque stipulazione – compresa [...] anche quella per adesione; compresa inoltre quella concernente contratti collettivi non “normativi” – legittimi chi stipula ad essere presente in azienda con una R.s.a. In effetti sulla base di quale criterio, in questa prospettiva, dovrebbe essere esclusa questa o quella ipotesi: una volta venuta cioè meno la “stella polare” della rappresentatività già posseduta dalle organizzazioni sindacali coinvolte?»<sup>778</sup>.

Caratteristica distintiva delle pronunce di rigetto dell'antisindacalità appare essere, ad ogni modo, l'insofferenza per gli esiti applicativi dell'art. 19 Stat. “preso alla lettera”, con l'invocazione di un

<sup>775</sup> Tribunale Lecce 13 aprile 2012.

<sup>776</sup> La definizione di *judicial restraint* è usata, *ex aliis*, da Guastini (2006, p. 762 ss.) per indicare il valore della «deferenza verso il legislatore democratico: i giudici – [...] privi come sono di qualunque legittimazione democratica (non essendo eletti dal popolo) - non devono invadere la competenza del potere legislativo [...]. Questa dottrina sembra supporre tacitamente la distinzione tra due tipi di interpretazioni: le interpretazioni incontestabili e le interpretazioni discutibili. Si può avanzare l'ipotesi che le interpretazioni (che si pretendono) incontestabili coincidano o con le interpretazioni letterali - quelle che si accordano con il *plain meaning*, ossia l'uso più comune delle parole e delle strutture sintattiche» con l'intento originario del legislatore, o ancora, con le interpretazioni ormai consolidate in decisioni precedenti. Apparentemente, la dottrina del “*judicial restraint*” favorisce dunque l'interpretazione letterale o originalista e/o conservatrice». L'espressione *judicial restraint* viene usualmente evocata quale contraltare del cosiddetto *judicial activism*, dottrina che si «ispira talora al valore della congruenza del diritto con la “coscienza sociale”, talora ad una metaetica utilitarista (compito dei giudici è favorire la migliore distribuzione possibile delle risorse), talora al dovere dei giudici costituzionali di proteggere i diritti dei cittadini (come pure i diritti delle minoranze) contro le maggioranze politiche, talora ad altri valori che è difficile identificare. Essa suggerisce ai giudici una interpretazione tendenzialmente libera da ogni vincolo testuale: in altre parole, favorisce la “libera creazione” o del diritto costituzionale da parte dei giudici, allo scopo di adattare i valori costituzionali ai bisogni della vita reale, che i giudici possono identificare solo attraverso i loro sentimenti di giustizia. Questa dottrina si oppone dunque sia all'interpretazione diacronicamente costante, sia all'interpretazione letterale, sia all'interpretazione originalista. Favorisce invece sia l'interpretazione evolutiva, sia la costruzione di norme inesprese [...] a partire dai principi costituzionali». Come sarà possibile vedere *infra* (§), sembra, in parte, essere riconducibile a quest'ultima definizione del ruolo giudiziario l'interpretazione teleologica dell'art. 19 Stat. offerta da parte dei giudici di merito.

<sup>777</sup> Come chiarisce Tarello (1980), l'argomento autoritativo «(o, tradizionalmente, *ab exemplo*), è quello per cui a un enunciato normativo va attribuito quel significato che gli è stato attribuito da qualcuno». In questo caso, i giudici di merito mostrano di accogliere la formulazione restrittiva degli strumenti contrattuali rilevanti ex art. 19 formulata dalla Corte costituzionale; precisazione ammissibile, ma, a rigore, non “imposta” dalla formulazione letterale della norma statutaria.

<sup>778</sup> Così Lassandari (2012a). Peraltro è anche possibile dubitare della persistente attualità della distinzione tra contratti normativi e contratti gestionali (dal momento che spesso è possibile trovare commistioni delle diverse tipologie all'interno dello stesso testo contrattuale).

intervento di risoluzione se non «in ambito intersindacale [...] o in quello 'effettivo' dei rapporti di forza negoziale con la controparte imprenditoriale, almeno in sede legislativa»<sup>779</sup>, come auspicato dalla stessa Corte Costituzionale.

### 3.1. (segue). Le tecniche esegetiche dell'art. 19 Stat.: b) interpretazione teleologica e argomento apagogico

A esiti radicalmente differenti in ordine alla (il)legittimità dell'emarginazione della Fiom dalla fruizione dei diritti di cittadinanza sindacale perviene parte della giurisprudenza, sulla base di interpretazioni teleologiche o costituzionalmente orientate dell'art. 19 Stat.

In aperto dissenso dai risultati derivanti da un'interpretazione letterale della norma statutaria – la quale, avulsa dall'attuale contesto giuridico-sindacale, comporterebbe «la cristallizzazione di aporie difficilmente superabili»<sup>780</sup> - alcuni giudici di merito hanno ritenuto di non limitare l'ambito dell'indagine alla sussistenza del requisito tecnico di rappresentatività ex 19 Stat., ma hanno esteso l'oggetto del giudizio a due ulteriori interrogativi: l'uno, attinente alla legittimità dell'esclusione di un sindacato, sicuramente rappresentativo, dai diritti di sindacali in ragione degli esiti negativi di una trattativa (alla quale pure abbia attivamente partecipato); l'altro, attinente, più in generale, alla compatibilità del criterio selettivo esclusivo delineato dall'art. 19 con il dettato costituzionale<sup>781</sup>.

L'apripista dell'orientamento giurisprudenziale in commento è una pronuncia del Tribunale di Bologna, nella quale, in adesione a una «interpretazione storico-sistemica»<sup>782</sup> della disposizione statutaria si è ritenuta sufficiente, ai fini dell'agibilità sindacale nei luoghi di lavoro della Fiom, il dato “sostanziale” della partecipazione effettiva alle trattative, sebbene concluse con «il rifiuto di firmare il contratto per meglio rappresentare, secondo il proprio intendimento, le ragioni dei propri iscritti». E infatti secondo il giudice bolognese «il dato formale della materialità della sottoscrizione di un contratto di qualsiasi livello applicato all'unità produttiva non appare indispensabile essendo, al contrario, molto più probante l'effettiva partecipazione al processo di formazione del contratto anche in senso critico»<sup>783</sup>. Nel percorso argomentativo del giudice si legge poi un riferimento all'eventualità dell'apposizione di una “firma tecnica” a un contratto collettivo ai fini del mantenimento dei diritti sindacali; ipotesi stigmatizzata, dal momento che la mera apposizione di «una firma su un contratto dopo aver espresso contrarietà allo stesso per il solo fatto di non perdere gli spazi di diritti sindacali pur non condividendone i contenuti appare atteggiamento sicuramente molto più limitativo della libertà sindacale e della dignità dello stesso anche rispetto al cd. potere di accreditamento”».

<sup>779</sup> Trib. Torino 13 aprile 2012; ma, nello stesso senso, e in aperto rifiuto di qualsiasi ruolo di “supplenza” giudiziaria alle insufficienze del quadro regolativo, si v. le argomentazioni del Tribunale di Milano nelle quali si afferma che «gli effetti perversi di qualsiasi atto o fatto giuridico» sarebbero «semplicemente superabili con la loro rimozione *ex lege*; la modifica della norma incriminata» (Trib. Milano 3 aprile 2012).

<sup>780</sup> Trib. Bari 20 aprile 2012.

<sup>781</sup> Per una analisi della compatibilità del criterio selettivo dettato dall'art. 19 con il quadro normativo sovranazionale (in particolare, con le previsioni sulla libertà sindacale contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), cfr. Coppola (2011).

<sup>782</sup> La definizione è usata da Lassandari (2012a).

<sup>783</sup> Così Trib. Bologna 27 marzo 2012. Con argomentazioni analoghe anche il Tribunale di Verona (Trib. Verona 8 maggio 2012) ha dichiarato l'antisindacalità comportamento delle Officine Brennero (società del gruppo Fiat).

La considerazione della rappresentatività effettiva della Fiom, sulla base di parametri qualitativi e quantitativi<sup>784</sup>, e la consapevolezza che «l'esclusione di tale sindacato costituirebbe un grave *vulnus* al principio di democrazia nelle relazioni industriali»<sup>785</sup> conduce il giudicante, con l'uso di una forma di argomentazione apagogica<sup>786</sup>, ad affermare la rappresentatività della Fiom per evitare che sia eliminato l'essenziale «valore dialettico» della libertà sindacale, tutelato dall'art. 39 Cost.<sup>787</sup>.

Sulla base di argomenti “per assurdo” sembrano poggiare anche le serrate argomentazioni del Tribunale Napoli, nelle quali si passano in rassegna tutte le inaccettabili conseguenze derivanti da una interpretazione meramente letterale dell'art. 19<sup>788</sup>. E infatti, aderendo a una simile interpretazione, l'art. 19, oltre a non garantire l'effettiva rappresentatività dei soggetti sindacali selezionati, rischierebbe di condurre «a conseguenze di sistema incoerenti nella misura in cui consentirebbe – in teoria – di porre il datore in condizioni tali da negare sempre il riconoscimento dei diritti sindacali di cui al Titolo III della legge nr. 300/1970, tutte le volte in cui non stipuli e non sottoscriva un contratto»<sup>789</sup>. Un ulteriore esito contraddittorio, escluso per la sua irragionevolezza, è correttamente ravvisato dal giudice nella possibilità che l'interpretazione letterale conduca, da un lato, alla negazione dei diritti sindacali a un sindacato sicuramente rappresentativo (ad esempio, perché maggioritario) ma non sottoscrittore di un contratto; dall'altro, al conferimento del crisma della rappresentatività in ambito aziendale ad «associazioni sindacali firmatarie, in ipotesi, ben meno rappresentative e che hanno caratterizzato la loro azione sindacale per una maggiore “collaborazione” rispetto alle proposte datoriali».

Scartati gli esiti della dimostrazione per assurdo scandita nelle pagine della motivazione, il percorso argomentativo del giudice napoletano perviene all'affermazione della necessità di «una interpretazione, costituzionalmente orientata e “di sistema”» della norma statutaria, che «le consenta di esplicitare la funzione che essa ha ovvero quella di garantire l'esercizio dei diritti sindacali di cui al titolo III a tutte quelle associazioni sindacali che, non in virtù dei criteri ed indici presuntivi

<sup>784</sup> Si legge infatti nell'ordinanza del Tribunale di Bologna che «che la Fiom è la sigla sindacale che conta il maggior numero di iscritti negli stabilimenti Magneti Marelli; che la Cgil, sindacato al quale è collegata la Fiom è il sindacato in Italia che conta il maggior numero di iscritti» (Trib. Bologna 27 marzo 2012).

<sup>785</sup> D'altra parte anche lo stesso giudice bolognese appare consapevole del fatto che l'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori potrebbe presentare permanenti dubbi di costituzionalità, non escludendo la possibilità di sollevare una questione di legittimità costituzionale durante la successiva fase di merito.

<sup>786</sup> Secondo la classificazione operata da Tarello (1980, p. 369 ss.), per argomento «apagogico o *ab absurdo* o *reductio ad absurdum* o ipotesi del legislatore regionale» si intende «l'argomento per cui si deve escludere quella interpretazione di un enunciato normativo che dia luogo a una norma “assurda”». Si tratta di una tecnica interpretativa orientata preordinata a evitare le conseguenze derivanti da determinate ipotesi ricostruttive di un disposto normativo e coniugabile spesso con interpretazioni teleologiche o equitative.

<sup>787</sup> La lettura della norma in tal senso viene supportata anche da un richiamo all'articolo 8 della legge 148/2011 che a sua volta rinvia all'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011. L'incidenza della disposizione di sostegno ai contratti di prossimità sulle letture “correttive” dell'art. 19, tuttavia, appare sicuramente maggiore nei provvedimenti dei Tribunali di Bari, Lanciano e Larino, che saranno analizzati *infra*, nel prossimo §.

<sup>788</sup> Trib. Napoli 12 aprile 2012.

<sup>789</sup> L'ipotesi formulata dal giudicante trova fondamento nell'assenza di obblighi datoriali di negoziare o, *a fortiori*, di stipulare contratti collettivi «a seguito delle trattative pur eventualmente poste in essere».

di cui alla abrogata lett. a) della norma [...] ma piuttosto sulla base della effettività della azione sindacale nell'unità produttiva, meritino tutela»<sup>790</sup>.

3.2. (segue). Le tecniche esegetiche dell'art. 19 Stat.: c) l'interpretazione teleologica e il combinato disposto tra art. 19 Stat. e l'art. 8 legge 148/2011

Nelle pronunce oggetto di analisi in questo §, l'interpretazione teleologica dell'art. 19 Stat., talvolta combinata con l'uso di argomenti apagogici, si arricchisce di un ulteriore (e inedito) tassello argomentativo: il riferimento all'art. 8 legge 148/2011, in funzione di conferma dell'immanenza, nell'ordinamento giuslavoristico, di un principio di maggiore (o comparativamente maggiore) rappresentatività sindacale. Con la disposizione normativa in questione, si è assegnata ai contratti aziendali e territoriali la possibilità di apportare deroghe a un elenco tassativo (ma quasi esaustivo) di materie regolate non solo dai contratti collettivi nazionali ma perfino da norme inderogabili di legge (e si è attribuita ai contratti di "prossimità" un'efficacia vincolante nei confronti di tutti i lavoratori interessati)<sup>791</sup>. Le pronunce in commento destano, pertanto, interesse anche sotto il profilo dell'uso innovativo e "socialmente" orientato di una disposizione dalle potenzialità innegabilmente destrutturanti<sup>792</sup>.

<sup>790</sup> Trib. Napoli 12 aprile 2012. Nel senso della sufficienza della partecipazione attiva alle trattative negoziali, nonostante il tenore letterale della norma si riferisca ai sindacati "firmatari", si esprime Garofalo (1995, p. 168).

<sup>791</sup> Così recita l'art. 8 – sostegno alla contrattazione di prossimità – della legge 148/2011 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari*): «1. I contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, possono realizzare specifiche intese con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati a condizione di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali, finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività. 2. Le specifiche intese di cui al comma 1 possono riguardare la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento: a) agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie; b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale; c) ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro; d) alla disciplina dell'orario di lavoro; e) alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento. 2-bis. Fermo restando il rispetto della Costituzione, e i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, le specifiche intese di cui al comma 1 operano anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro. 3. Le disposizioni contenute in contratti collettivi aziendali vigenti, approvati e sottoscritti prima dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 tra le parti sociali, sono efficaci nei confronti di tutto il personale delle unità produttive cui il contratto stesso si riferisce a condizione che sia stato approvato con votazione a maggioranza dei lavoratori».

<sup>792</sup> L'analisi dei profili di dubbia compatibilità dell'efficacia derogatoria *erga omnes* della contrattazione di prossimità con una spessa trama di vincoli ordinamentali interni ed europei, così come la disamina dei punti di contatto con il principio di libertà sindacale, nella sua accezione "forte", di una regolamentazione eteronoma del rapporto tra livelli contrattuali - oltre che dell'opportunità politica dell'intervento del *deus ex machina* legislativo nella risoluzione di complesse dinamiche intersindacali - sarebbe esorbitante dall'oggetto di questo commento. Nemmeno è possibile, per i limiti connessi all'oggetto di questo lavoro, ripercorrere compiutamente l'evoluzione del dibattito dottrinale sviluppatosi a ridosso dell'emanazione della disposizione di sostegno alla contrattazione di prossimità. In via esemplificativa e con riferimento ai lavori più recenti pubblicati in argomento, si v. Mazzotta (2012); Del Punta (2012), Lassandari (2012b).

Così avviene, ad esempio, nella pronuncia del Tribunale di Lanciano, nella quale si afferma la necessità di una lettura dell'art. 19 sulla base della «*ratio legis* della sua formula legislativa, in particolare tenendo presenti le vicende che condussero alla sua modifica tramite referendum, attraverso l'abrogazione della lettera a) e - solo parzialmente - della lettera b)»; ciò al fine di consentire alla norma di «esplicare la funzione di garantire l'esercizio dei diritti sindacali del Titolo III a tutte quelle associazioni sindacali che meritino tutela sulla base di una loro effettiva rappresentatività che possa essere verificabile in base ad elementi oggettivi»<sup>793</sup>.

All'interpretazione della norma statutaria alla luce della sua *ratio* – oltre che sulla scorta di una lettura “dinamica” delle pronunce interpretative di rigetto della Corte costituzionale<sup>794</sup> - si accompagnano, nell'ordinanza del giudice abruzzese, considerazioni sulla persistente validità del criterio dell'effettiva rappresentatività - «immanente al nostro sistema giuridico» - il quale dovrebbe dunque essere preso in considerazione «quale (principale) criterio di accesso ai diritti di cui al Titolo III dello Statuto dei Lavoratori»<sup>795</sup>.

<sup>793</sup> Come puntualizza il giudice abruzzese, infatti, «in quella occasione fu scelto di abolire non ogni criterio di selezione per l'accesso alla costituzione delle RSA, ma di stabilire un criterio minimo di rappresentatività, provvedendo solo ad eliminare la rappresentatività presunta per valorizzare la rappresentatività effettiva, ritenendola desumibile dalla stipulazione di un contratto collettivo di qualsiasi livello».

<sup>794</sup> Si tratta, come è noto, di pronunce vincolanti prevalentemente per la loro persuasività e autorevolezza. Queste ultime, infatti, diversamente dalle sentenze dichiarative dell'illegittimità costituzionale di norme di legge, «non hanno efficacia *erga omnes* [...] e pertanto determinano solo un vincolo negativo per il giudice del procedimento in cui è stata sollevata la relativa questione» (così Cass. 17 maggio 2004, n. 23016). All'interpretazione prescelta dalla Corte costituzionale nelle pronunce di rigetto, dunque, lungi dal potersi automaticamente riconnettere una intrinseca vincolatività giuridica, potrà riconoscersi una funzione di indirizzo interpretativo, immanente all'autorevolezza del soggetto giudiziario decidente, e dunque il valore di «precedente autorevole» (così ancora Cass. 17 maggio 2004, n. 23016).

<sup>795</sup> In particolare, il riferimento è alla pronuncia della Corte costituzionale n. 492/95 (con argomentazioni che, sebbene inizialmente riferibili alla nozione di sindacato “maggiormente rappresentativo”, appaiono facilmente adattabili al concetto, più di recente utilizzato dal legislatore, di sindacato “comparativamente più rappresentativo”). Come risulta dalla lettura della sentenza 492/95, infatti, qualora una legge faccia rinvio al criterio della maggiore rappresentatività questo deve essere valutato «non una volta per tutte, ma in modo da consentire una periodica verifica, tenuto conto del suo mutevole grado di effettività. Fra gli indici di rappresentatività il dato quantitativo, costituito dalla misura di adesione formale al sindacato, ha una grande rilevanza, ma non possono essere trascurati altri indici come quello della maggiore attitudine ad esprimere gli interessi dei lavoratori, specie in relazione all'attività svolta per la composizione dei conflitti. [...] Ai fini di queste operazioni selettive, il criterio della “maggiore rappresentatività” delle diverse organizzazioni sindacali è stato ampiamente affermato in dottrina e giurisprudenza, ed è desumibile da numerose norme del nostro ordinamento. Già nell'art. 39 della Costituzione a proposito della stipula di contratti collettivi efficaci per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce si parla delle rappresentanze dei sindacati “in proporzione dei loro iscritti”. La rilevanza del diverso grado di rappresentatività delle associazioni di categoria prevista frequentemente per diverse finalità e con formule non sempre uguali nella legislazione ordinaria viene riferita dalle disposizioni a vari elementi di carattere anche indiziario. Proprio dalla molteplicità di questi elementi consegue che il predetto principio resta un parametro giuridicamente rilevante anche per quelle norme che fanno rinvio alla nozione contenuta nell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori (legge n. 300 del 1970). Ed invero, pur se l'espressione “confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale” di cui alla disposizione sopra citata è stata abrogata dal d.P.R. n. 312 del 1995 in esito al referendum indetto col d.P.R. 5 aprile 1995, il criterio del grado di rappresentatività continua ad avere la sua rilevanza in forza dell'altro indice previsto dalla stessa norma, e precisamente di quello che fa riferimento alle associazioni sindacali che siano firmatarie di contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva. Viene così valorizzata l'effettività dell'azione sindacale desumibile dalla partecipazione alla formazione della normativa contrattuale collettiva quale presunzione di detta “maggiore rappresentatività”. [...] In modo specifico, la giurisprudenza della Corte ha più volte riconosciuto la valenza del principio della “maggiore rappresentatività” (sentenze nn. 975 e 334 del 1988, 54 del 1974, 2 del 1969 ed altre). Già nel 1974, con la sentenza n. 54, questa Corte, con riferimento agli artt. 3 e 39 della Costituzione, aveva affermato la legittimità della diversificazione di trattamento a favore delle organizzazioni sindacali in relazione ai criteri selettivi rivelatisi sul piano rappresentativo e quindi meritevoli di condizioni più favorevoli di quelle garantite a tutte le associazioni dall'art. 14 dello Statuto. La finalità promozionale e incentivante dell'attività delle organizzazioni sindacali che riescono ad essere portatrici di interessi più ampi di quelli di un ristretto ambito di lavoratori è stata poi evidenziata dalla sentenza n. 30 del 1990; e l'esigenza di questa tutela speciale permane come si è detto anche dopo il menzionato recente

L'immanenza nel nostro ordinamento giuridico del principio di effettività rappresentatività viene desunta dal giudice di merito anche – e in questo profilo risiede probabilmente uno dei tratti di maggiore interesse della pronuncia – dal combinato disposto tra l'art. 19 Stat. e l'art. 8 legge 148/2011 (con il conferimento, attraverso quest'ultima disposizione, di rilievo normativo alle clausole sulla "misurazione" della rappresentatività dell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011).

In particolare, secondo il giudicante, «nell'ottica di una interpretazione sistematica e razionale, in un momento come quello attuale, con gli inediti scenari che caratterizzano il sistema delle relazioni industriali», sarebbe possibile affermare che - ai fini della legittimazione a costituire RSA - «stipulare un contratto di qualsiasi livello costituisca sicuramente un ragionevole criterio selettivo prestabilito dalla legge, ma non l'unico possibile, come d'altronde affermato dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 244/96, laddove si sosteneva la possibilità per una associazione sindacale [...] di dimostrare la propria rappresentatività per altre vie»<sup>796</sup>. Il richiamo all'apertura formulata dal Giudice delle leggi nei riguardi di "chiavi di accesso" alla legislazione promozionale diverse da quella testualmente regolata è, tuttavia, temperato dall'ammissione che, nel ragionamento della Corte, l'ipotesi di ampliamento dei criteri di attribuzione dei diritti sindacali costituiva solo «una possibilità astratta, non concretabile se non con un intervento legislativo»<sup>797</sup>.

Un simile intervento normativo, tuttavia, nella lettura offerta dal giudice di merito, si sarebbe concretato con l'emanazione della legge 148/2011, la quale avrebbe sostanzialmente "legificato" le regole sul «computo numerico» della rappresentatività contenute nell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011<sup>798</sup>, oltre alla necessaria connessione tra sindacati "di prossimità" e confederazioni comparativamente più rappresentative<sup>799</sup>.

---

referendum. Con la pronuncia n. 975 del 1988 è stato ancora evidenziato che nel nostro ordinamento vige un principio organizzativo operante attraverso un meccanismo di selezione delle associazioni legittimate, imperniato sul concetto di maggiore rappresentatività del sindacato. In effetti questo principio trova la sua ragionevole giustificazione nell'esigenza di assicurare ad ogni associazione di categoria la possibilità di essere comparata con le altre, senza cristallizzare una valutazione che deve rimanere fluida, atteso che la "rappresentatività" è per sua natura soggetta a variazioni sia in aumento che in diminuzione; per cui non pare consentito perpetuare una situazione che deve invece essere considerata contingente».

<sup>796</sup> Trib. Lanciano 30 aprile 2012.

<sup>797</sup> Così Corte Cost. 244/96.

<sup>798</sup> Si fa riferimento alla clausola 1 dell'Accordo interconfederale 28 giugno 2011, nella quale si dispone che «*ai fini della certificazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali per la contrattazione collettiva nazionale di categoria, si assumono come base i dati associativi riferiti alle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori. Il numero delle deleghe viene certificato dall'INPS tramite un'apposita sezione nelle dichiarazioni aziendali (UNIEMENS) che verrà predisposta a seguito di convenzione fra INPS e le parti stipulanti il presente accordo interconfederale. I dati così raccolti e certificati, trasmessi complessivamente al CNEL, saranno da ponderare con i consensi ottenuti nelle elezioni periodiche delle rappresentanze sindacali unitarie da rinnovare ogni tre anni, e trasmessi dalle confederazioni sindacali al CNEL. Per la legittimazione a negoziare è necessario che il dato di rappresentatività così realizzato per ciascuna organizzazione sindacale superi il 5% del totale dei lavoratori della categoria cui si applica il contratto collettivo nazionale di lavoro*».

<sup>799</sup> Come si è visto *supra*, ai sensi dell'art. 8, comma 1, legge 148/2011, ai fini del conferimento dell'efficacia *erga omnes*, i contratti collettivi di lavoro conclusi a livello aziendale o territoriale devono essere sottoscritti «*da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*».

In questa lettura, dunque, il richiamo effettuato dall'art. 8 legge 148/2011 all'Accordo interconfederale 28 giugno 2011 implicherebbe il recepimento legislativo di una nozione di rappresentatività misurata – plasmata sulla falsariga del modello vigente nel pubblico impiego – secondo cui sarebbe «la rappresentatività delle singole organizzazioni che consente loro di diventare soggetti negoziali; rappresentatività che viene valorizzata sulla base della consistenza effettiva della organizzazione»<sup>800</sup>.

In questa lettura, ai fini dell'accesso ai diritti di cui al Titolo III dello Statuto dei lavoratori, deve essere valutata l'effettiva rappresentatività di una organizzazione sindacale e non – *rectius*, non solo – la sottoscrizione di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, con la logica conseguenza che l'art. 19 Stat. potrebbe «applicarsi anche in favore di quelle OO.SS. che, pur senza aver firmato un contratto collettivo applicato, siano dotate - come la O.S. ricorrente - di effettiva rappresentatività concretamente verificabile»<sup>801</sup>.

In un'ottica parzialmente diversa, il percorso argomentativo del Tribunale di Larino si apre con la verifica preliminare sull'ultrattività del CCNL 2008, adottata dalla Fiom ai fini della conferma del carattere di sindacato firmatario di «*contratti collettivi applicati nell'unità produttiva*» (e dunque titolare dei diritti sindacali nei luoghi di lavoro). Nel caso sottoposto al giudice molisano, infatti, il mancato riconoscimento, da parte del datore di lavoro, dei rappresentanti sindacali aziendali nominati dalla Fiom e, conseguentemente, del diritto di questi ultimi a godere dei diritti sindacali si fondava precipuamente sull'affermata applicabilità in via esclusiva, alle società del Gruppo Fiat, del contratto collettivo specifico del 13 dicembre 2011 (a fronte, come si è visto, della richiesta di riconoscimento della persistente validità del CCNL unitario del 2008, avanzata dalla Fiom).

Dopo aver richiamato il complesso meccanismo procedurale di rinnovo predisposto dalle norme convenzionali del CCNL Metalmeccanico del 2008 - compresa la mancata previsione, tra le ipotesi consensualmente regolate, del recesso unilaterale – il giudice di merito ha affermato la validità della disdetta del contratto sul piano delle relazioni sindacali, ma, per converso, la sua inefficacia sul versante «dei rapporti di lavoro tra le imprese e i loro dipendenti».

Le conclusioni cui perviene, sul punto, il Tribunale di Larino, hanno ad oggetto: la dichiarazione di ultrattività del CCNL 2008 «consensualmente prevista e pattuita in base a regole condivise e fatte proprie dagli iscritti alle relative associazioni di categoria e sindacati»; la dichiarazione di inopponibilità ai lavoratori iscritti alla Fiom – con una sorta di indiretto richiamo alle tesi, di matrice civilista, sulla rappresentanza – delle disdette operate dalla Federmeccanica; la persistente

<sup>800</sup> Contra Trib. Torino 13 aprile 2012, secondo cui non sarebbe «fondato l'argomento relativo alla presunta antinomia tra l'art. 8 l. 148/11 e l'art. 19 st. lav. (che, perciò, dovrebbe ritenersi implicitamente abrogato in *parte qua*): a tacere del fatto che pure l'art. 8 l. 148/11 impone in ogni caso la sottoscrizione del contratto collettivo (a livello aziendale o territoriale e nei limiti delle materie tassativamente indicate), si osserva che, da un lato, l'uso del termine disgiuntivo «ovvero» sembra recidere il dedotto nesso di dipendenza 'organica' tra le RSA e le oo.ss. comparativamente più rappresentative, e che, dall'altro, le rappresentanze sindacali cui essa norma si riferisce sono quelle «operanti in azienda ai sensi della normativa di legge, ossia, di nuovo, ai sensi dell'art. 19 st. lav.».

<sup>801</sup> Come si precisa nel provvedimento, la rappresentatività «può e deve essere verificata in primo luogo considerando il numero degli iscritti al sindacato (indicatore previsto dall'art. quarto comma Cost. e suggerito dalla stessa Corte Cost. n. 244/96), ed in secondo luogo tenendo presente l'azione sindacale concretamente spiegata dal medesimo nella unità aziendale (partecipando alla dialettica delle parti ai fini della sottoscrizione di un contratto, pur senza sottoscriverlo)». In particolare, nel caso *de quo*, all'esito della verifica condotta sulla base dei citati parametri, la rappresentatività effettiva della Fiom-Cgil è ritenuta sussistente dal giudice, dal momento che, come si precisa nell'ordinanza, il sindacato dei metalmeccanici della Cgil conterebbe «circa 360.000 iscritti in tutta Italia, circa 800 iscritti nelle unità produttive dello stabilimento di Atessa, con 14 componenti RSU eletti nelle sue liste il 3 dicembre 2010» (cfr. Trib. Lanciano 30 aprile 2012).

applicabilità, per un ulteriore quadriennio, del CCNL 2008 agli iscritti Fiom, in ragione del carattere tardivo della disdetta operata dai Gruppi Fiat e Fiat Industrial.

Dopo aver sciolto il nodo dell'ultrattività del contratto collettivo del 2008 sulla base dei principi vigenti in materia di contratti di diritto comune, il giudice si sofferma sugli effetti dell'entrata in vigore dell'art. 8 della legge 148/2011; in particolare sulla conseguenza, adottata dalla società resistente, della sostituzione del CCNL 2008 ad opera del CCSL del 13 dicembre 2011, unico strumento contrattuale applicabile a tutte le società del Gruppo Fiat e Fiat Industrial e divenuto, secondo le prospettazioni della parte convenuta, efficace *erga omnes* a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 8 legge 148/2011.

La portata della disposizione di sostegno alla contrattazione di prossimità è riassunta dal giudice di merito nei termini di una «norma che riconosce ai contratti aziendali e territoriali un'efficacia *erga omnes* misconosciuta persino ai contratti collettivi nazionali di lavoro di diritto comune sottoscritti da sindacati privi di personalità giuridica e che non è riconosciuta nemmeno, in via generale, allo stesso legislatore nazionale»<sup>802</sup>. Sulla base della ricostruzione del suo contenuto, la disposizione sarebbe suscettibile di porsi in contrasto con diverse disposizioni costituzionali<sup>803</sup>; nelle pieghe della norma, tuttavia, il giudice rinviene alcuni appigli per una lettura costituzionalmente orientata della stessa, ossia il comma 1 - interpretato alla luce dell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 - e il comma 2-bis della disposizione.

Nella prospettiva interpretativa adottata dal giudice di merito, l'art. 8, comma 1, con il richiamo alla sottoscrizione, a livello aziendale o territoriale, dei contratti di prossimità da parte di associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda «*ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*», avrebbe recepito integralmente i contenuti di quest'ultimo e ripristinato, in sostanza, una «forma di coordinamento gerarchico»<sup>804</sup> tra i contratti decentrati e i contratti nazionali<sup>805</sup>.

L'affermazione che il richiamo dell'Accordo interconfederale nel dettato legislativo avrebbe determinato una formalizzazione normativa del rapporto gerarchico tra i livelli contrattuali – oltre ad aver determinato, secondo il giudice molisano, un fondamento “pattizio” dell'efficacia generalizzata conferita dall'art. 8 ai contratti di prossimità - pare quantomeno revocabile in dubbio. E infatti se il «riferimento a tale accordo può certamente contribuire a definire l'ambito della titolarità dei soggetti legittimati alla stipula di quei contratti collettivi e le relative modalità di formazione del consenso»<sup>806</sup>, non pare altrettanto certa l'altra conseguenza che il provvedimento in

<sup>802</sup> Trib. Larino 23 aprile 2012.

<sup>803</sup> In particolare, secondo il giudice sarebbe possibile ravvisare, da un lato, il contrasto con l'efficacia “impeditiva” dell'art. 39 Cost. – la disposizione consente infatti il riconoscimento dell'efficacia *erga omnes* ai soli contratti collettivi stipulati secondo le modalità ivi stabilite - dall'altro, con gli artt. 2 e 3 Cost., nella misura in cui la disposizione sarebbe idonea a «mortificare la personalità dei lavoratori che si trovano a dover subire, anche nella regolamentazione del proprio rapporto di lavoro, scelte negoziali prese da altri senza alcun mandato» (Trib. Larino 23 aprile 2012).

<sup>804</sup> Mattone (2012).

<sup>805</sup> Ai sensi dell'Accordo interconfederale 28 giugno 2011, infatti, «*la contrattazione collettiva aziendale si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal c.c.n.l. della categoria o dalla legge*».

<sup>806</sup> Mattone (2012). In questo senso si v. pure Alaimo, Caruso (2012).

commento attribuisce all'entrata in vigore della legge 148/2011 – ovvero l'introduzione di una gerarchizzazione legale del rapporto tra livelli contrattuali. In questo caso, dunque l'interpretazione costituzionalmente orientata del giudice di merito, illuminata dall'argomento teleologico, sembra porsi in contraddizione con un altro argomento tipicamente utilizzato nell'interpretazione dei documenti normativi, ossia quello «psicologico»<sup>807</sup>.

Il punto decisivo, ai fini dell'affermazione della persistente validità del CCNL 2008 e dunque della legittimazione attiva della Fiom all'esercizio dei diritti sindacali in azienda sulla base dell'art. 19 Stat., tuttavia, sembra risiedere nella statuizione dell'inapplicabilità dell'art. 8 l. 148/2011 al modello contrattuale "originario" predisposto dal Gruppo Fiat. In particolare, all'affermazione dell'esorbitanza del CCSL Fiat – quale contratto collettivo di primo livello – dall'ambito di applicazione oggettiva della disposizione di sostegno ai contratti di prossimità si perviene attraverso una lettura congiunta del comma 1 e del comma 2 bis dell'art. 8; lettura che quale presupporrebbe la traducibilità del sintagma "contrattazione di prossimità" negli esclusivi termini di una contrattazione di secondo livello<sup>808</sup>.

Una ulteriore declinazione delle tecniche esegetiche utilizzate dalla giurisprudenza di merito nella "decrittazione" del residuo contenuto normativo dell'art. 19 Stat. è rappresentata dall'interpretazione sistematica della disposizione *de qua* proposta dal Tribunale di Bari<sup>809</sup>.

L'ordinanza del Tribunale pugliese prende le mosse dalla questione «della valenza semantica» da attribuire alla «firma del contratto collettivo»; la quale andrebbe ricercata prendendo spunto, al di là del suo significato meramente letterale, dal «contesto complessivo dell'ordinamento giuridico [...], pena la cristallizzazione di aporie difficilmente superabili».

Il percorso argomentativo del giudice di merito si snoda attraverso una ricostruzione, da un lato, della *ratio* della modifica referendaria – da individuarsi nella volontà di «eliminare le rendite di posizione gestite dai c.d. sindacati confederali e di allargare il più possibile le maglie dell'*agere* sindacale anche a soggetti nuovi che fossero realmente presenti ed attivi nel panorama sindacale»; dall'altro, dall'enucleazione dal complesso di norme che ad esso fanno riferimento, di un principio generale di rappresentatività (effettiva), presente in «modo diffuso nel tessuto normativo vigente»<sup>810</sup>.

<sup>807</sup> O «ricorso alla volontà del legislatore in concreto». Questo criterio è definito come «l'argomento per cui a ciascun enunciato normativo deve essere attribuito il significato che corrisponde alla volontà dell'emittente o autore dell'enunciato, cioè del legislatore in concreto, del legislatore storico» (Tarello 1980, p. 364).

<sup>808</sup> Nel senso della non riconducibilità del contratto collettivo specifico Fiat Group al *genus* del contratto di prossimità sembra militare l'espresso richiamo dell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 (AI) – il quale, oltre a imporre una verifica del requisito maggioritario sulla base di quanto stabilito dalle parti sociali per la "misurazione" della rappresentatività - potrebbe indurre a prospettare la tesi della coincidenza dell'ambito di applicazione dell'art. 8 legge 148/2011 con quello del sistema contrattuale definito dal citato AI. In questa prospettiva, all'esito dello scioglimento dal legame endo-associativo del Gruppo Fiat con l'organizzazione rappresentativa degli interessi datoriali e firmataria dell'Accordo interconfederale in questione, è possibile dubitare della fruibilità della disposizione di sostegno alla contrattazione di prossimità da parte di un soggetto datoriale dichiaratamente *free rider*. Altro profilo che induce a dubitare dell'applicabilità dell'art. 8 nelle controversie sul CCSL Fiat è proprio l'anomala "prossimità" di un contratto collettivo multi-aziendale, di primo livello, con pretese di esaustività regolativa - che rinvia ad accordi di secondo livello, più "prossimi" alla situazione regolata - e che si propone espressamente come modello contrattuale per la categoria metalmeccanica (così auto-candidandosi quale nuovo CCNL di settore).

<sup>809</sup> Trib. Bari 20 aprile 2012.

<sup>810</sup> Così, ancora, Trib. Bari 20 aprile 2012.

Tra i parametri normativi della corrispondenza «biunivoca» tra «effettiva rappresentanza e selezione per l'accesso ai diritti sindacali», un rilievo peculiare andrebbe attribuito, anche secondo il giudice barese, all'art. 8 della legge 148/2011. Dal rinvio operato dal primo comma della disposizione all'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, infatti, sarebbe possibile desumere una correlazione necessaria – espressa nei termini di «un nesso di dipendenza organica» - tra rappresentanze sindacali aziendali e sindacati comparativamente più rappresentativi<sup>811</sup>.

A una simile conclusione si perviene anche attraverso il ricorso ad una argomentazione apagogica o per assurdo, secondo cui, aderendo alla tesi “formalista”, sarebbe possibile trovarsi di fronte a «una contraddizione sistematica: ossia un sindacato comparativamente più rappresentativo come la Fiom avrebbe titolo a negoziare un contratto integrativo, suppletivo, derogatorio rispetto alla legge, ma non potrebbe costituire una rsa», a causa della mancata sottoscrizione di un contratto collettivo applicato in azienda. Sulla base di queste premesse, il giudice, in applicazione del principio generale di rappresentatività effettiva, riconosce l'estensione del perimetro applicativo dell'art. 19 Stat. nelle ipotesi, come quella di specie, in cui un sindacato sia dotato di effettiva rappresentatività<sup>812</sup>.

#### 4. Considerazioni conclusive. Interpretazioni antinomiche e incertezza del diritto: la soluzione del giudice modenese

«Un criterio selettivo rivela tutta la sua inidoneità e irrazionalità nel momento in cui, applicato a fattispecie concrete, porta ad un risultato che contraddice il presupposto a dimostrazione del quale il criterio stesso era stato elaborato»<sup>813</sup>.

La definitiva delegittimazione di “quel che resta” dell'art. 19 Stat., quale criterio esclusivo di accesso al godimento dei diritti sindacali in azienda, sembra essere efficacemente sintetizzata da questa considerazione sull'eterogenesi dei fini subita dalla norma statutaria, nella sua versione post-referendum.

La valutazione di insufficienza del dispositivo normativo di accesso alla cittadinanza sindacale in azienda, espressa, seppure con diversità di sfumature, dai giudici chiamati a pronunciarsi sulle diverse fasi della contesa giudiziaria tra Fiat e Fiom ha condotto gli interpreti all'adozione di soluzioni divergenti, spesso addirittura antinomiche, della stessa fattispecie.

---

<sup>811</sup> Si legge infatti nell'ordinanza che «appare chiaro che la norma, operando un riferimento alle “loro rappresentanze operanti in azienda ai sensi della normativa vigente”, si riferisca alle rappresentanze delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale: quindi da una lettura attenta della disposizione citata si evince che le rappresentanze sindacali aziendali ai sensi della normativa di legge non possono non essere che quelle di cui all'articolo 19 e che le stesse sono espressamente correlate, con l'utilizzazione della locuzione “loro”, alle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative».

<sup>812</sup> Nel caso *de quo* l'effettiva rappresentatività della Fiom è riconosciuta sulla base dei seguenti parametri: la partecipazione alle trattative per la stipulazione del contratto collettivo nazionale; il consistente numero di iscritti nell'unità produttiva di riferimento e il numero di rappresentanti eletti in occasione delle elezioni delle RSU.

<sup>813</sup> Trib. Modena 4 giugno 2012.

L'incertezza del diritto prodotta dalla controversia sulla rappresentanza nel Gruppo Fiat pare allora fornire elementi probatori in ordine all'impossibilità di colmare le lacune normative con i soli strumenti interpretativi concessi all'organo giudiziario<sup>814</sup>.

Del resto, da un lato, le interpretazioni letterali della norma statutaria sembrano deficitarie di una adeguata considerazione dello "scollamento", *medio tempore* prodottosi, tra il dettato normativo e il notevole mutamento del contesto sociale<sup>815</sup>. Né esente da profili problematici sembra essere l'uso dell'interpretazione testuale qualora il significato letterale del disposto normativo conduca a esiti verosimilmente antitetici rispetto a quelli presi di mira dal legislatore con l'emanazione della norma (con la possibilità di dare luogo a una interpretazione letterale in contrasto con quella logica e teleologica). Dall'altro, le coraggiose, ma spesso ardite, interpretazioni teleologiche/sistematiche offerte dai giudici che hanno ritenuto di discostarsi dal requisito formale-testuale della firma del contratto collettivo si espongono a obiezioni sull'assolvimento, da parte degli organi giudiziari, di funzioni di "supplenza" a ruoli (spesso per inerzia) lasciati vacanti dagli organi deputati a svolgerli<sup>816</sup>.

Ad ogni modo, e prescindendo dalle critiche che sono state mosse ai differenti orientamenti giurisprudenziali analizzati nel corso di questo lavoro, qualsiasi soluzione giudiziaria nella vicenda in questione si espone a obiezioni legate, di per sé, al carattere episodico e provvisorio della soluzione giudiziale del caso concreto<sup>817</sup>. Nell'incertezza sulla conformità dell'art. 19, nuovo testo, alla Carta costituzionale e in considerazione della necessità di fornire una soluzione definitiva a una questione non priva di significativi risvolti "antisociali" – quale può considerarsi l'elisione dei diritti sindacali dei lavoratori aderenti alla Fiom - il percorso interpretativo più lineare sembra essere rappresentato da una richiesta al Giudice delle leggi di pronunciarsi sulla compatibilità dell'art. 19 Stat. con la Carta Costituzionale, in particolare, con l'art. 39 Cost.

Pare, infatti, ormai evidente il *vulnus* al principio di libertà sindacale, tanto nella sua portata individuale quanto in quella collettiva<sup>818</sup>, derivante dal «combinato disposto della rottura dell'unità

<sup>814</sup> Per quanto, talvolta, frutto di accurate riletture teleologiche e sistematiche delle disposizioni oggetto di interpretazione, non scerve da interessanti digressioni "metaletterarie" sul ruolo dei giudici nelle società contemporanee, si v., a tal proposito, le puntualizzazioni sul tema formulate dal Tribunale di Bari (Trib. Bari 20 aprile 2012, cit.).

<sup>815</sup> In argomento si v. Angiolini (2012).

<sup>816</sup> Cfr. in argomento le riflessioni di Viazzi (2011, p. 24), secondo cui «il governo delle società complesse implica ormai in tutto il mondo occidentale un potere giudiziario fortemente coinvolto nella soluzione di problemi che la politica e la crisi della legge non sono in grado di risolvere e ne "scaricano" la composizione a quel livello, accentuandone al contempo la politicità e la sovraesposizione istituzionale». Si v. pure Costa (2011); Guarriello (2011). Come precisa quest'ultima Autrice, l'intervento del giudice è visto con grande apprensione dal mondo imprenditoriale; con il rischio che la strategia giudiziaria della Fiom contribuisca a «polarizzare ancor più le posizioni della direzione di Fiat, che vede nella giudiziarietà del conflitto la conferma della inadeguatezza del nostro sistema di relazioni industriali a "competere" con sistemi più snelli ed efficaci».

<sup>817</sup> In questo senso si v. Carinci (2012, p. 24).

<sup>818</sup> Altrettanto evidente, come ha riconosciuto il Tribunale di Roma in un ulteriore "rivolo" giudiziario della controversia tra Fiat e Fiom, sembrerebbe essere la lesione del principio di uguaglianza e non discriminazione: cfr. la recentissima ordinanza (Trib. Roma 21 giugno 2012) con la quale il giudice laziale ha condannato la Fiat per le discriminazioni che sarebbero state perpetrate ai danni degli ex dipendenti dell'unità produttiva di Pomigliano iscritti alla Fiom (nessuno dei quali è stato finora destinatario delle proposte di riassunzione nella *NewCo*). Con il provvedimento in questione il giudice ha condannato la Fiat all'assunzione di 145 lavoratori iscritti alla Fiom, in applicazione dell'art. 4, comma 5, del d.lgs. 216/2003.

d'azione sindacale e della norma statutaria [...] che subordina il godimento della libertà sindacale nei luoghi di lavoro alla partnership derivante dalla sottoscrizione del contratto collettivo»<sup>819</sup>.

Un simile percorso giudiziario è stato intrapreso di recente, con una ordinanza che sembra delinearne una “chiusura del cerchio” del rebus interpretativo sviluppatosi attorno alla portata dell’art. 19 Stat. nell’*affaire Fiat*.

Con un recente provvedimento, emesso a seguito di un ricorso proposto dalla Fiom ex art. 28 dello Statuto dei lavoratori, il Tribunale di Modena, dopo aver escluso che «l’univocità» dell’art. 19 consenta al giudice di «forzare il dato letterale della norma, sino ad attribuirle un significato volto ad ancorare la rappresentatività [...] a criteri diversi dalla partecipazione al processo di contrattazione collettiva desumibile dalla sottoscrizione del contratto», ha ritenuto che proprio l’interpretazione letterale della disposizione, con l’ammissione di un unico criterio discrezionale (e presuntivo) di rappresentatività sia da tale da implicarne il contrasto con la Costituzione. E infatti l’assegnazione dell’“etichetta” della rappresentatività attraverso l’esclusivo prisma della stipulazione del contratto collettivo applicato nell’unità produttiva conferirebbe alla disposizione un significato incompatibile con il dato costituzionale<sup>820</sup>.

### Riferimenti bibliografici

AA.VV. (2011), *Il caso Fiat: una crisi di sistema?*, in *Lavoro e diritto*, n. 1;

AA.VV. (2011), *Le relazioni sindacali nell’impresa. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Copanello, 24-25 giugno 2011*, Milano, Giuffrè, p. 283 ss.;

ALAIMO A., CARUSO B. (2012), *Manuale di diritto sindacale*, Bologna, il Mulino, in corso di pubblicazione;

ALLEVA P. G. (2005), *Rappresentanza, rappresentatività, partecipazione. Le proposte metodologiche*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, p. 495;

ANGIOLINI V. (2012), *Nota per la Consulta giuridica della CGIL del 17 gennaio 2011 (sulla rappresentanza ed i diritti sindacali in margine alla vicenda di Mirafiori)*, consultabile su [http://www.cgil.it/Archivio/Giuridico/Politiche%20del%20diritto/Archivio/diritto%20sindacale/Rappresentanza\\_e\\_diritti\\_sindacali\\_Mirafiori\\_Angiolini.pdf](http://www.cgil.it/Archivio/Giuridico/Politiche%20del%20diritto/Archivio/diritto%20sindacale/Rappresentanza_e_diritti_sindacali_Mirafiori_Angiolini.pdf);

BAVARO V. (2010), *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell’«archetipo» Fiat di Pomiigliano d’Arco*, in *Quaderni di rassegna sindacale*, n. 3;

<sup>819</sup> Romagnoli (2012). Come ha precisato il Tribunale di Torino (Trib. Torino settembre 2011), «indubbiamente l’esclusione di Fiom-Cgil [...] rende più semplice la gestione dei rapporti con i dipendenti, elidendo un interlocutore dissenziente, ma elimina quel valore dialettico che è considerato di speciale rilevanza ed imprescindibile nel nostro ordinamento, con la previsione di cui al 1 comma dell’art. 39 Cost. e con i principi informativi dell’intera legge 300/70».

<sup>820</sup> Trib. Modena 4 giugno 2012. Se è vero che la Corte costituzionale si è occupata a più riprese della legittimità dell’art. 19, a fronte delle censure di volta in volta avanzate con riferimento agli artt. 3 e 39 Cost., anche nella sua versione post-referendum - con ciò contribuendo a consolidare gli esiti della manipolazione referendaria della disposizione - ciò non può obliterare i che i rilevanti mutamenti del quadro giuridico-fattuale nell’ordinamento intersindacale nel frattempo intercorsi. Del resto erano stati gli stessi giudici costituzionali, nell’affermare la natura “storico-sociologica” della rappresentatività, ad ammettere la possibilità di una revisione della nozione di sindacato rappresentativo nei luoghi di lavoro, ritenendo, all’evidenza, necessario che il «criterio selettivo dell’art. 19 sia in sintonia con il contesto storico-sociologico ed appaia dotato di razionalità pratica» (così Trib. Lanciano 30 aprile 2012)

- BAVARO (2011), *L'istituto della rappresentatività sindacale nella stagione degli accordi separati e della ritrovata unità*, in [www.dirittisocialiecittadinanza.org](http://www.dirittisocialiecittadinanza.org);
- BELLOCCHI P. (2010), *La rappresentatività degli attori negoziali*, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 126, p. 303;
- CAMPANELLA P. (2000), *Rappresentatività sindacale: fattispecie e effetti*, Milano;
- CARINCI F. (2012), *Il grande assente: l'Art. 19 dello Statuto*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 144;
- CARUSO B. (1992), *Rappresentanza sindacale e consenso*, Milano, Giuffrè;
- CARUSO B. (2005), *Verso un insolito (evitabile?) destino: la postdemocrazia sindacale*, in *Quaderni di rassegna sindacale*, p. 75;
- COPPOLA P. (2011), *Accordi di Pomigliano e Mirafiori: ripensare la rappresentatività sindacale alla luce della Carta di Nizza*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 3, p. 575 ss.;
- COSTA P. (2011), *Giudici, giuristi (e legislatori): un "castello dei destini incrociati"?*, in *Quaderni fiorentini*, n. 1, p. 1 ss.;
- CURZIO P., GIUGNI G. (1979), *Commento all'art. 19*, in *Commentario allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Milano, Giuffrè;
- D'ANTONA M. (1996), *Nel cratere dei referendum sulla rappresentatività sindacale: lavoro pubblico e lavoro privato alla ricerca di nuovi equilibri costituzionali nei rapporti collettivi*, in *Foro italiano*, p. 335;
- DEL PUNTA R. (2012), *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, 1. n. 148/2011, e dintorni)*, in *Lavoro e diritto*, n. 1, p. 31;
- FONTANA G. (2000), *Profili della rappresentanza sindacale. Quale modello di democrazia per il sindacato?*, Torino, 2004.
- GAROFALO M.G. (1995), *Opinioni su: Rappresentanze sindacali e referendum*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, p. 168;
- GIUGNI G. (1995), *La rappresentanza sindacale dopo il referendum*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 67, p. 357 ss.;
- GRANDI M. (2004), *In difesa della rappresentanza sindacale*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, p. 627;
- GRECO R. (1996), *La rappresentatività sindacale*, Torino, Giappichelli;
- GUARRIELLO F. (2011), *Il conflitto tra libertà economiche e diritti sociali fondamentali il caso Italia: evoluzione delle relazioni sindacali e ruolo dei giudici*, relazione tenuta nel corso del seminario "The role of the judges in global social regulation" svoltosi il 9 maggio 2011 presso la London School of Economics, Londra;
- GUASTINI R. (2006), *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, p. 762 ss.;
- ICHINO P. (1996), *Le rappresentanze sindacali in azienda dopo i referendum*, in *RIDL*, 1996, I, p. 113;

- LASSANDARI A. (2012a), *L'interpretazione storico-sistematica e l'art.19: un convincente indirizzo del Tribunale di Bologna*, in [www.cgil.it/Archivio/Giuridico/Lassandari\\_Bologna\\_art\\_28\\_sorgi1.pdf](http://www.cgil.it/Archivio/Giuridico/Lassandari_Bologna_art_28_sorgi1.pdf);
- LASSANDARI A. (2012b), *Dopo l'accordo del 28 giugno 2011 (e l'art. 8 della l. n. 148): incertezze, contraddizioni, fragilità*, in *Lavoro e diritto*, n. 1, p. 55;
- LO FARO A. (2010), *Il divieto dei sindacati di comodo dopo la fine del modello statutario di rappresentanza*, in *Diritti lavori mercati*, n. 3, p. 747;
- MAGNANI M. (2006), *La rappresentanza degli attori sindacali: serve una legge? Spunti di riflessione*, in *Diritto delle relazioni industriali*, p. 967;
- MAGNANI M. (2012), *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 1, p. 4;
- MANCINI F. (1972), *Sub art. 19*, in GHEZZI-MANCINI-MONTUSCHI-ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna-Roma, Zanichelli, Il Foro Italiano;
- MANCINI F. (1986), *Le rappresentanze aziendali nello Statuto dei lavoratori*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1986, p. 66;
- MATTONE S. (2012), *I paradossi del diritto sindacale al vaglio della giurisprudenza*, in [http://www.cgil.it/Archivio/Giuridico/Paradossi\\_diritto\\_sindacale\\_al\\_vaglio\\_della\\_giurisprudenza\\_rec.pdf](http://www.cgil.it/Archivio/Giuridico/Paradossi_diritto_sindacale_al_vaglio_della_giurisprudenza_rec.pdf);
- MAZZOTTA O. (2006), *La democrazia industriale e le regole del gioco*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, p. 426;
- MAZZOTTA O. (2012), «Apocalittici» e «integrati» alle prese con l'art. 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo, in *Lavoro e diritto*, n. 1, p. 19;
- PALLINI M. (2003), *A chi e a che cosa serve l'attuale disposto dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori?*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2003, n. 1, p. 195;
- PEDERSINI R. (2011), *Relazioni industriali e 'caso Fiat': strategie, dilemmi ed effetti non intenzionali*, *DSLW Working Paper*, 2011, n. 2, p. 13;
- PINARDI R. (2007), *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, Giuffrè;
- RICCI M. (2011), *La rappresentatività sindacale tra legge e autonomia collettiva*, AA.VV., *Le relazioni sindacali nell'impresa. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Copanello, 24-25 giugno 2011*, Milano, Giuffrè, p. 283 ss.;
- ROMAGNOLI U. (2012), *La cittadinanza dei lavoratori e dei sindacati nei luoghi di lavoro*, in <http://www.dirittisocialiecittadinanza.org/>;
- SCARPONI S. (2006), *Rappresentatività e organizzazione sindacale*, Padova, Cedam;
- SCARPONI S. (2011), *Un'arancia meccanica: l'accordo separato alla Fiat-Mirafiori e le rappresentanze nei luoghi di lavoro. Quali prospettive?*, in *Lavoro e diritto*, n. 2, p. 301 ss.;
- TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980;
- TREU T. (1973), *Sindacato e rappresentanze aziendali*, Bologna, 1973;

VIAZZI C. (2011), *Alla ricerca dei veri giacobini. Magistratura, sistema politico, modello costituzionale*, in *Questione giustizia*, n. 6, p. 24;

ZAGREBELSKY G. (1992), *Il diritto mite*, Einaudi, Torino.

## Common places, new places the labour law rhetoric of the crisis\*

Silvana Sciarra

1. A short rhetorical preamble	320
2. New synergies in cohesion and employment policies	321
3. Europe 2020 and beyond	324
4. Le plaisir du texte	327

---

\* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 92/2012

### 1. A short rhetorical preamble

I feel honoured to share my thoughts with such a distinguished audience, among which I recognize familiar faces. The dream of an academic comes through when the joy for a magnificent event – such as the one that I am part of here at the University of Hasselt – can be combined with an intellectual discussion among friends and colleagues.

The expression 'common place' frequently assumes a negative connotation. It implies a repetitive exercise, not innovative, neither path breaking. In rhetorical terms common places play a role in persuading the audience and in attracting attention, so that there will be memory of what has been said.

What I intend to do is to use common places which are recurrent in the specific EU jargon dealing with measures to be adopted in employment and social law, in the aftermath of an unprecedented economic and financial crisis. My point of departure is the following: a shared understanding of recent historical events makes labour lawyers aware of potential positive outcomes in discussing common places and discerning their deepest meaning. However, the role of academics is to demystify and intervene critically, in order to avoid what has been described as the 'tragic' use of common places. The latter produces the effect of perpetuating cultural divisions and letting language use its power in accentuating social inequalities<sup>821</sup>.

I shall argue that beyond common places there are new places in which labour law is performing untraditional functions. New places are not, in this case, a rhetorical device. They have a geographical connotation, which transcends the nation state or descends to subnational levels of decision-making. I am referring to the expansion of transnational collective agreements, on the one hand, and to the re-discovery of local partnership agreements, on the other hand. The latter may disclose new potentialities to the social partners and to other relevant stakeholders, in the attempt to fight the crisis and its perverse effects on employment.

New places, I shall argue, have an indirect link to the crisis. They are discovered because 'old' places – such as trilateral social pacts or sector collective agreements, all so meaningful in the European tradition – do not seem to respond promptly to the impulses coming from the institutions, shaken by the negative impact of the crisis.

The underlying criticism that I develop in commenting on common places follows the observation of a gradual and yet constant de-politicization of the process that should enhance European integration. The crisis often provokes contingent answers, leaving aside broader projects. The recoupling of law and politics is not so imminent and yet it represents a priority, if one looks ahead, towards a more coherent supranational system of norms. Common places, imposed through repetitive announcements of policy-makers, slowly de-couple law from politics, with the result of watering down legal discourses and lowering the level of legitimacy of the system as a whole.

The current situation in the EU is fragmented. The monetary union is still unfinished and a fiscal union is to be completed, whereas the instruments put in place – such as EFSF and ESM – are

---

<sup>821</sup> R. Barthes J.-L. Bouttes, *Luogo comune*, in *Enciclopedia Einaudi*, vol. 8, Torino 1979, p. 571 ff. and p. 582 in particular

intergovernmental and depart substantially from a European method<sup>822</sup>. Intergovernmentalism – it has been argued – further marginalizes the European Parliament and may weaken even more the legitimacy of institutions<sup>823</sup>.

Social and employment policies, intuitively distant from the scope of intervention of financial institutions, are nevertheless central to all macro economic manoeuvres. However, European citizens perceive the distance that separates institutional actors from their own immediate priorities<sup>824</sup>. Thus, we need to look into the interstices of political agendas, to retrieve a mixture of measures that may provide new impetus to social justice.

Labour law scholarship throughout the EU is active and inspired by pluralist perspectives. The sign of attention shown by the University of Hasselt and the Faculty of law towards this legal discipline makes me very proud in such an extraordinary occasion.

## 2. New synergies in cohesion and employment policies

A preamble on language and rhetorical strategies allows me to look with a certain degree of disenchantment at some recent proposals aimed at combining cohesion and employment policies, fostering growth in most disadvantaged European regions. They may sound as common places and in fact they are not entirely new.

Let me first mention that, in the attempt to smooth procedures and to clarify the final aims to be pursued, in November 2011 the Commission launched the 'European semester'. A broad planning of activities, put forward each January, is followed by the organization of the Spring Council meeting and the delivery of National Reform Programs (NRP) by Member States, each April. This modified version of OMC encompasses employment policies, which should be included in NRP. However, measures to regulate the concurrent presentation each year of national budgets and to introduce economic and fiscal surveillance have attracted most of the attention in the public debate. In December 2011 the 'Fiscal compact' saw the light and a new road was opened to allow further monitoring of excessive national deficits. The new Treaty on Stability Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union (TSCG) was agreed in the Council meeting held on 1-3 March 2012<sup>825</sup>.

It is debated whether turning to a Treaty can represent the right response to the crisis. It is also stigmatized that decisions were, in the end, left to an *ad hoc* working group, departing from 'a constitutional spirit that sees process, substance and legitimacy as interlinked'<sup>826</sup>. It is also

---

<sup>822</sup> B. Marzotto, A. Sapir, G. B. Wolff, *What kind of fiscal union?* Bruegel Policy Brief, November 2011

<sup>823</sup> V. Schmidt, *Democratizing the Eurozone*, Social Europe Journal 15. May 2012

<sup>824</sup> M. Monti, *A New Strategy for the Single Market*, Report to the President of the European Commission J M Barroso, 9 May 2010

<sup>825</sup> <http://european-council.europa.eu/eurozone-governance/treaty-on-stability?lang=it>

<sup>826</sup> K. Armstrong, *Stability, coordination and governance: was a treaty such a good idea?*, <http://eutopialaw.com>, posted on 8 March 2012

acknowledged that there is now more complexity than before in decision-making. This can potentially lead to criticism and frustration among citizens, as well as make them question on excessive delegation of powers to intergovernmental formations <sup>827</sup>.

In the overall reconstruction of Europe occurred during the crisis, employment policies and proactive measures to fight unemployment are marginalised. This undisputable fact reveals the paradox of inconsistencies in the mechanism of coordination, which, in the original institutional framework, should have brought together the economic and the social spheres. The paradox is exacerbated by the constant reference in national debates to employment measures as one of the privileged roads to growth and recovery.

The European economic recovery plan, issued in 2008 <sup>828</sup>, had a short-term impact, mainly aimed at advancing payments and amending regulations on structural funds, so to simplify and facilitate the completion of programs. The Commission also issued a temporary scheme, in derogation from state aid regulations, to facilitate access to finance, especially for SME <sup>829</sup>.

As a reaction to the crisis, SME frequently tend to connect to each other, so to share services and appear more competitive in the global market <sup>830</sup>. Measures aimed at favouring such processes are relevant and could in perspective be linked to labour law measures, for example introducing standards to be enforced at a territorial level, across clusters of companies, and value-chains of production, once SME have access to economic and financial benefits<sup>831</sup>.

A search for synergies to be created among different European policies opens up a new scenario, associated with the reform of the European budget for the years 2014-2020. Common places are mixed with new places in the search for a better-targeted financial support to social measures. Instead of perpetuating the criticism – which is, nevertheless, historically justified – according to which social policies are ancillary to economic and monetary policies, a less conformist approach moves from the inextricable links which tie together the many spheres of European integration. Financial support, granted on the basis of selective criteria and accompanied by severe monitoring, is a concrete sign of attention towards mature social policies in times of crisis. Theories on integration through law, aiming at a full enforceability of fundamental social rights, should also consider such a pragmatic approach.

Financial support was also exceptionally granted through the European Globalization Adjustment Fund (EGAF), addressed to workers hit by the impact of globalization on local labour markets and,

---

<sup>827</sup> J. Pisani-Ferry, A. Sapir, G.B. Wolff, *The messy rebuildibg of Europe*, Bruegel Policy Brief, March 2012 [www.bruegel.org](http://www.bruegel.org)

<sup>828</sup> COM(2008) 800, 26.11.2008

<sup>829</sup> Commission communication *'Temporary framework for State aid measures to support access to finance in the current financial and economic crisis'* (OJ C 83, 7.4.2009, p.1). See also the European Commission's Communication *Single Market Act. Twelve levers to boost growth and strengthen confidence. "Working together to create new growth"*, COM (2011) 206 final, sec 2.1 with references to the Small Business Act

<sup>830</sup> So called 'network agreements', to be signed, following specific legal requirements, by a certain number of enterprises, have been introduced by the Italian legislator, as one of the measures to respond to the crisis

<sup>831</sup> A protocol signed in 2009 by social partners and the Tuscan region in Italy links access to credit to full enforcement of collective agreements at plant level, with regard to wages and working conditions. This agreement proved beneficial for small and medium enterprises, in counterbalancing the effects of the crisis

later on, to large groups of workers made redundant, as a consequence of the crisis<sup>832</sup>. The EGAF is a temporary measure, meant to provide support, on grounds of objective needs that must be proven by the national authorities entitled to file the application. Hence, the suggestion I made elsewhere that solidarity should, in certain situations, be declined in the plural<sup>833</sup>.

In 2009 a Report on cohesion policies outlined in great detail measures to improve recourse to structural funds, through the adoption of new partnership agreements, involving national and subnational levels of decision-making<sup>834</sup>. Closer controls *ex ante*, followed by strict monitoring *ex post* of the programmes financed, should lead to a more virtuous use of European funds and to a more targeted one. The adoption of sanctions towards Members States, in case of non-compliance with the new rules, is also foreseen.

Far away from proposing common places, this policy document is accurate and inventive in some passages, despite the limited space of manoeuvre left to policy-makers in times of economic restrictions. Following the recommendations of the Barca report, the Commission has slowly moved ahead, pursuing the idea that financial help must be selective and supportive of the priorities included in 'Europe 2020', the latest manifesto for a 'smart, sustainable and inclusive growth', to which I shall return later<sup>835</sup>. A plea to make use in 2013 – therefore before the entering into force of the new European budget regulations – of European funds which have not yet been spent, was made by Mario Draghi, President of the ECB, arguing in favour of financial help to fight unemployment among young people<sup>836</sup>.

In this line of thinking, the Commission proposes to deliver Europe 2020 through new partnership on funds, with recourse to a EU code of conduct supplementing the common provisions regulations<sup>837</sup>. What we see here is an interesting hybridization of new governance techniques, with hard law measures. The Code of conduct sets specific phases and responsibilities, in view of concluding binding agreements.

Social partners and other umbrella organizations are asked to return to the scene of shared decision making. In this better structured context, they should not limit themselves to echo the voice of civil society, but learn to deal with concrete stakeholders, in well-defined areas and in specific local agreements. Interlocutors of partnership agreements should not be companies as single

<sup>832</sup> Regulation 1927/2006/EC, 20.12.2006, based on art. 175.3 TFEU, dealing with specific actions to enhance social and economic cohesion. The EGAF, which was extended in 2009 (Regulation 546/2009/EC) to cover the effects of the economic and financial crisis, will operate until 2013

<sup>833</sup> S. Sciarra, *Notions of solidarity in times of economic uncertainty*, IJ 2010, 223

<sup>834</sup> F. Barca, *An Agenda for a Reformed Cohesion Policy*, April 2009, an independent report written for the Commissioner in charge of regional policies

<sup>835</sup> European Commission, *Europe 2020: A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth* (2010)

<sup>836</sup> Lecture 'Federico Caffè' delivered at the University of Rome La Sapienza, <http://www.ilsole24ore.com/art/finanza-e-mercati/2012-05-24/draghi-crisi-internazionale-colpito-160009>

This proposal is echoed by the European Parliament, in a Resolution on *Youth opportunities initiative*, 24 May 2012 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7-TA-2012-224>

<sup>837</sup> Commission Staff Working Document, *The partnership principle in the implementation of the Common Strategic Framework Funds - elements for a European Code of Conduct on Partnership*, SWD (2012) 106 final, Bruxelles 24.4.2012

entities, but wider communities of economic actors involved with local authorities and labour representatives.

In a nostalgic mood, one could recall that this language is evocative of the vast literature on neo-corporatism, which infiltrated so intensively labour law discourses in Europe in the Nineteen Eighties and Nineties. Things have changed and are still changing, so much so that such a stream of thinking is now remote. Issues of representativity and legitimacy around bargaining tables have become more stringent, especially when recourse to European funds is at stake.

To pay homage to a legal theory tradition, which has been successfully cultivated in Belgian scholarship<sup>838</sup>, one can argue that a renewed proceduralization of legal discourses is now taking shape. A scattered notion of civil society should leave space to a highly responsible set of bargaining agents, kept together by precise obligations in the access to funds, in using them efficiently and in responding back for lack of transparency or misuse.

I have suggested elsewhere that the current crisis of welfare states, running parallel to the crisis of fiscal states, demands new theoretical approaches, which can be described as 'post-governance' regulatory techniques<sup>839</sup>. In the post-governance scenario the communicative side of procedures is attenuated, to make space for binding rules and for monitoring exercises. Responsibilities are envisaged and sanctions are provided, now that representatives of collective interests are more formally invested with powers.

Partnership agreements should be asked to occupy a public space. They should delimit and, at the same time, support the role of private autonomy, so that a public goal can be pursued with active role of social partners.

I shall now move on to test the post-governance theory against the spectrum of proposals enshrined in Europe 2020.

### 3. Europe 2020 and beyond

The mixture of measures that is required to enhance growth, to support employment and to build up a sustainable economy is not new. The most relevant precedent is the Report produced by a taskforce led by Wim Kok<sup>840</sup>.

In that Report we read that a bad outcome of employment policies is segmentation of the labour market among insiders and outsiders, whereas options to work should be made available to all. We learn that training is the crucial resource to rely on. Thus, the vicious circle of low investment in training should be broken, anticipating employers' demands for new skills and sharing the costs with local and regional authorities. Training is the winning bet, since the reduction in working hours, experienced in the Nineteen Nineties mainly through recourse to part-time work, produced a decline in productivity. The Kok Report also emphasized that concrete outcomes should

---

<sup>838</sup> It is difficult to select in a vast literature. See for example J. Lenoble and A. Berten, *L'espace public comme procedure*, in A. Cottureau and P. Ladrière (eds), *Pouvoir et légitimité*, Paris 1992; O. De Schutter, N. Lebessis, J. Paterson (eds), *Governance in the European Union*, Forward Studies Series, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg 2001

<sup>839</sup> S. Sciarra, *The 'autonomy' of private governments. Building on Italian labour law scholarship in a transnational perspective*, in A. Numhauser-Henning and M. Rönmar (eds), forthcoming

<sup>840</sup> *Jobs, jobs, jobs. Creating more employment in Europe*, November 2003

be evaluated by European institutions, instead of relying on mere promises made by governments.

Hence, efforts were put forward by the Commission, under the first Barroso presidency in 2005, to modify procedures in the OMC, stressing the role of national parliaments in the assessment of National reform programs (NRP). Intergovernmentalism came under attack in the evaluation of the rather opaque achievements made in previous employment strategies. That failure was also due to the inability of national bureaucratic elites to learn from each other and to act jointly, within a scheme of mixed administration.

Flexicurity measures became the core of new employment policies and the emblem of efficient labour market reforms to be approved by national parliaments. Crucial recommendations in the Kok report – for example the urgency to invest in education – gradually evaporated and principles of flexicurity started fluctuating in a rather vague area of decision-making, often leaving commentators not fully satisfied <sup>841</sup>.

Europe 2020 tries to redesign a virtuous circle, favouring synergy among policies. Common places are easily discernible in this agenda. They are useful in cultivating the hope that persuasion will be accomplished, at a time when closer coordination of national choices is most needed as a matter of common interest within the EU (art. 121 and 148 TFEU). However, employment policies remain intrinsically weak even in the Lisbon Treaty. The Council's guidelines, issued under art. 148.2 TFEU and addressed to Member States, are not justiciable in the Court of Justice, as for art. 263 TFEU <sup>842</sup>. This is a good reason to find other ways for consolidating good practices and place them on quasi-normative grounds.

In a fragile institutional set up, such as the one provided by the Treaty, strength can be generated through other mechanisms, for example through partnership agreements to be supported by targeted funding and through Territorial Pacts promoted by the Committee of the Regions, meant to implement Europe 2020 at a local level.

Let us look at the 'flagship initiative' entitled 'new skills for new jobs', which specifies the Commission's interest in anticipating changes and responding back to the needs of companies searching for qualified workers to employ <sup>843</sup>. Research carried on by Cedefop <sup>844</sup>, and in coordination with the ILO <sup>845</sup>, shows very clearly that the opening up of new jobs in the green economy should be the object of consideration by policy-makers, in times of high unemployment rates.

<sup>841</sup> W. Njoya, *Job security in a flexible labor market: challenges and possibilities for worker voice*, CLLPJ 2012, 459 ff.; L. Burroni and M. Keune, *Flexicurity: A conceptual critique*, European Journal of Industrial Relations 2011, 75; F. Berton, M. Richiardi, S. Sacchi, *Flexinsecurity*, Bologna 2009

<sup>842</sup> C. Barnard, *The Shaky Legal Foundations for Institutional Action under the Employment, Lisbon and EU2020 Strategies*, in *Cambridge Year Book of European Legal Studies 2009-2010*, vol. 12, C. Barnard and O. Odudu (eds), Hart Publishing, Oxford 2010, p. 16

<sup>843</sup> See Council conclusions of 9.3.2009 and 7.6.2010. 'New Skills for New Jobs: Action Now' Expert Group Report, February 2010 and the European Commission's Communication *An Agenda for new skills and jobs: A European contribution towards full employment*, Com (2010) 682 final, 23.11.2010

<sup>844</sup> European Centre for the Development of Vocational Training (Cedefop), *Identification of future skill needs for the green economy*, n. 2368, 2009

<sup>845</sup> Ilo/Cedefop, *Skills for green jobs 2011. A global view*, Ilo, Ginevra 2011

If synergy is the magic word, we should rely on the role of employment services in activating the necessary tools<sup>846</sup>. We should also be aware of the fact that the crisis accentuates regional economic differences, making it more difficult for weaker systems to offer efficient employment services. Cohesion policies, closely intertwined with employment policies, can create a new ground for solidarity across different regions of the EU. Social partners too can propose solutions through antidumping agreements, meant to fight the practice of wage competition.

In Norway a government action plan to avoid social dumping was first set up in 2006, and renewed in 2009. The Labour Inspection Authority and the Petroleum Safety Authority Norway are important players in the efforts to combat social dumping, namely in making sure that health and safety provisions and all basic regulations, including collectively agreed wages, are enforced for foreign workers.<sup>847</sup> Part of the action plan was the creation of a registry for TWA operating in the country. Field research shows that, despite a sound level of regulations in the construction industry, social dumping still affects workers, mainly those coming from enlargement countries.<sup>848</sup>

In Denmark, since March 2011, an antidumping agreement has been enforced in the building sector, providing for a special fund in which a percentage of hourly wages is paid, in view of fighting social dumping. Furthermore contracting out can only take place to companies enforcing collective agreements and minimum wages<sup>849</sup>.

The spectrum of social inequalities and the practice of social dumping must be on the agenda of urgent reforms, in order not to infringe dramatically the original pact signed by the European founding fathers and imperil further integration. The 'reconceptualization' of structural funds, in response to the impact of global trade<sup>850</sup>, is very pragmatically driven by the need of a new equilibrium inside the EU, as a countermeasure to the dramatic impact of the crisis<sup>851</sup>.

In this scenario, bargaining collectively in the framework of partnership agreements can help to focus on needs of companies and labour and to promote growth of local economies. Out of common places, new places for labour law continue to be inhabited by social partners, in a broad interpretation of art. 152 TFEU. Local authorities are the ones that can further empower social partners within productive clusters and chains of production, so to adjust workers' entitlements and to adapt protective standards to changing needs. Out of common places, flexicurity should be tailored around local needs and react to the crisis within well defined geographical areas.

<sup>846</sup> Opinion from the Public Employment Services Network to the Employment Committee, Stockholm, 3 – 4 December 2009

<sup>847</sup> <http://www.regjeringen.no/en/dep/aid/topics/The-working-environment-and-safety/social-dumping.html?id=9381>

<sup>848</sup> A M Ødegård, Ø Berge, K Alsos, *New regulations for temporary work agencies: can a growing informal market be subdued? A case study of the Norwegian construction sector*, paper presented at the IIRA congress Copenhagen 2010

<sup>849</sup> Eironline 2011, n. 3, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2011/03/articles/dk1103019i.htm>

<sup>850</sup> As argued by D. Ashiagbor, *Embedding trade liberalization in social policy: lessons from the European Union?* CLLPJ 2011, 384. More broadly on these issues, see C. Panara and A. De Becker (eds), *The role of the regions in EU governance*, Springer 2011

<sup>851</sup> In 2009 Baltic states experienced a sharp decrease in GDP, whereas Nordic states were among the most competitive countries in 2010-2011. See the data presented by sixteen European think tanks, coordinated by Notre Europe, *Think global- Act European*, Paris, p. 20

It is of utmost importance that training becomes less of a common place and more of an individualised resource, through counselling, job-matching, guidance and mentoring to workers most in need of protection <sup>852</sup>.

The crisis is forcing labour law to revisit some of its principles and to revise some of its perspectives. Anticipation of changes is recurrently practiced in transnational collective agreements, a fascinating subject matter which cannot be treated extensively here. It may suffice to say that large multinational companies seem to react promptly to the slow move of national and supra-national law-makers, by setting their own rules, within bilateral agreements signed by international unions and European Works Councils <sup>853</sup>.

Some transnational collective agreements provide a system of workers' mobility inside groups of companies, as a response to the loss of jobs. They also provide training, in order to facilitate changes to other jobs and alternatives, such as requalification of skills. Support to enter self-employment is also offered<sup>854</sup> and indicators are set, to measure in concrete terms the achievement of all these goals.

Once again, social spheres, even in a transnational context, are ready to provide their own means of enforcement and to adapt sanctions to changing needs of the bargaining agents. This is, needless to say, an alternative to industrial action in its most traditional features. It represents a sign of the difficult time we live, in which we witness a progressive marginalization of conflict, due to the expansion of transnational tools, aimed at building consensus and fostering participation.

#### 4. Le plaisir du texte

I started my presentation humbly borrowing some concepts by Roland Barthes, to express the idea that common places can be used persuasively in rhetoric and even facilitate communication. In fostering critical interpretations policy-makers are placed within an institutional context. They use technical language to convince stakeholders and law-makers, they seek compromises and build up solutions which are likely to be accepted. In doing so, written texts become more and more generic, they may even lack the texture that should keep all threads together.

Let me once more borrow an interpretation by Roland Barthes, glancing at his book '*Le plaisir du texte*'<sup>855</sup>. There are times in which the production of texts ceases to be connected to places. The texture is destroyed up to the point of excluding readers from the understanding of texts and depriving them of all pleasures which are closely linked to cultural references. Hence, the need is felt to reconstruct meanings and to allow for new pleasures stemming from the text.

I have argued in my presentation that the political texture underneath the threads of decision-making could be broken by disproportionate recourse to soft law techniques. In the European

---

<sup>852</sup> This conclusion is drawn in a study prepared for the European Commission, Metis GmbH, *Evaluation of the reaction of the ESF to the economic and financial crisis*, Vienna 2012, p. 77

<sup>853</sup> I. Schömann, *European social dialogue and transnational framework agreements as a response to the crisis?*, ETUI Policy Brief European Social Policy Issue 4/2011 The Commission's website gathers information on transnational framework agreements <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=978&langId=en>. On EWC see F. Dorssemont, T. Blanke (eds), *The Recast of the European Works Council Directive*, Intersentia, Antwerp, 2010

<sup>854</sup> See, for example, the *Alstom* agreement, signed in Paris by the EMF in February 2011, dealing with anticipation of changes. The *Gdf* agreement signed in 2010 deals with mobility of workers across companies of the group

<sup>855</sup> R. Barthes, *Le plaisir du texte*, Paris 1973

tradition of subsidiarity among legal and voluntary sources, laws empower collective actors and make them responsible for parallel processes of standard setting. This tradition is relevant and must be strengthened in times of crisis.

In global law, we observe the hybridization of sources, and we deal with the results of dialogues among national and supranational courts. As labour lawyers, we search for the social spheres in which law is produced and we envisage modern approaches to juridification, shortening distances between centre and peripheries of legal systems. Legal theory helps us reconcile with the idea of openness of legal systems, so that we can capture the multiple functions of communication among different actors, in a pluralistic perspective<sup>856</sup>. Communication is even richer when the voice of organized groups can be listened to. The pleasure of the text results from a mixture of languages, spoken in constitutional traditions and in customary law.

We – I want to specify – is a plural used as an auspice and is referred to labour lawyers across Europe, although I am aware that there are no unitary visions on what ought to be done. This is the reason why I am relying on common places and on their persuasive function in perilous times like the present ones, wishing that a specific place for labour law will be preserved in forward looking plans to overcome the crisis.

---

<sup>856</sup> M. Van Hoecke, *Law as communication*, Oxford 2002